المجلد الخامس من الحاوي

٢٤ خامس من الحاوي

حادي عشر من الحاوي الكبير للماوردي ره

١١٠٤

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم مالك البرين
والبحرين خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان الغازي
محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد وعلم
أعظم الله تعالى ثوابه وأوفر حرره الفقير
المفتش بأوقاف الحرمين الشريفين
غفر لهما

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر وسهل

كتاب الخلع

باب الوجه الذي تحل به الفدية من كتب

قال الشافعي رحمه الله تعالى ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به الفصل إلى آخره أما الخلع في اللغة فهو الانتزاع على مهله ومنه خلع الثوب نزعه والخلع في الشرع هو افتراق الزوجين على عوض وإنما سمي خلعا لأنها قد كانت بالزوجية لباسا له كما قال الله تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن فإذا افترقا بعوض فقد خلع لباسها وخلعت لباسه فسمي خلعا وسمي فدية لأن المرأة قد فدت نفسها منه بما كفدية الأسير بالمال والأصل في إباحة الخلع قول الله تعالى ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا وهذا خطاب للأزواج حظر الله تعالى عليهم أن يأخذوا من أزواجهم مما آتوهن من الصداق بغير طيب أنفسهم ثم قال إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله وفي الخوف ها هنا تأويلان ... وتقديره إلا أن يظنا ألا يقيما حدود الله ومنه قول الشاعر

أتاني عن نصيب كلام يقوله وما خفت يا سلام أنك عائبي

وفيما يخافا ألا يقيما حدود الله تأويلان أحدهما هو أن يخاف كل واحد منهما صاحبه وهذا قول ابن المسيب والثاني أن من الزوجة ألا تطيع له أمرا ومن الزوج أن لا يؤدي لها حقا ثم قال فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به فيه تأويلان أحدهما أن تفتدي بمثل الصداق الذي أعطاها لا غير وهو قول علي بن أبي طالب والثاني أن تفتدي بما هو ... وهو قول عمر بن الخطاب وابن عباس وقال الله تعالى فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا يعني من الصداق يعني فكلوه هنيئا مريئا فأباح أن يأخذ ما طابت به نفسا من غير طلاق كان بالطلاق أولى ويدل عليه من السنة ما رواه الشافعي عن مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة أن حبيبة بنت سهل أخبرتها أنها كانت عند ثابت بن قيس بن شماس وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج لصلاة الصبح فوجدها عند بابه بالغلس فقال من هذه فقالت أنا حبيبة بنت سهل فقال ما شأنك قلت لا أنا ولا ثابت لزوجها فلما جاء ثابت بن

قيس قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما شاء الله أن تذكر فقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها فعن أخذ منها وطلقها فدل هذا الخبر على أحكام منها جواز سماع الدعوى على غائب ومنها أن المدعى عليه إذا عرف الدعوى لم يلزم في الحاكم أن يعيد ها عليه ومنها جواز الخلع وإن كان الزوج قد ضربها إذا لم يكن الضرب من أجل الخلع ومنها جواز الخلع في الحيض والطهر لأنه لم يسأل عن حالها ومنها أنه لا رجعة على المختلعة لأمره لها بالجلوس في أهلها فدل لما ذكرنا من الآية والخبر على جواز الخلع وهو قول الجماعة وحكي عن بكر بن عبد الله المزني أن الخلع منسوخ بقوله تعالى وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا قال فهذه الآية تحريم الخلع ونسخ ما تقدم من الإباحة وهذا خطأ لأن هذه الآية تمنع من أخذ ما لم تطب به نفسا ولم تمنع مما بذلته بطيب نفس واختيار كما قال فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وقد روى عبد الله بن محمد بن عقيل أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته قال كان لي زوج يقل علي الخير إذا حضر ويحرمني إذا غاب قالت وكانت مني زلة يوما فقلت أختلع منك بكل شيء أملكه قال نعم قالت ففعلت فخاصم عمي معاذ بن عفراء إلى عثمان بن عفان فأجاز الخلع وأمره أن يأخذ ما دون عقاص الرأس وروى أيوب عن كثير مولى سمرة أن عمر بن الخطاب أتي بامرأة ناشز فأمر بها إلى بيت كثير الزبل فحبسها فيه ثلاثا ثم دعاها فقال كيف وجدت مكانك قالت ما وجدت راحة منذ كنت عنده إلا هذه الليالي التي حبستني فقال لزوجها اخلعها ولو من قرطها وهذه قضية إمامين بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخلع لم يخالفهما فيه من الصحابة أحد فدل على إجماعهم على ثبوت حكمه ولأنه لما جاز أن يملك الزوج البضع بعوض جاز أن يزيل ملكه عنه بعوض كالشراء والبيع فيكون عقد النكاح كالشراء والخلع كالبيع

مسألة قال الشافعي وجماع ذلك أن تكون المرأة المانعة لما يجب عليها المفتدية تخرج من أن تؤدي حقه أو

كراهيه له فتحل الفدية للزوج وحله للخلع انه على ضربين احدهما ان يكون عن سبب يدعوا
اليه والثاني ان يكون عن غير سبب فان كان عن سبب فهو على اربعة اقسام مباح ومكروه
وفاسد ومختلف فيه فاما القسم الاول وهو المباح فيكون من احد وجهين اما الكراهة واما
العجز فاما الكراهة فهو ان يكره منه اما سوء خلقه واما سوء فعله واما قلة دينه واما قبح منظره
وهو مقيم بحقها فتريد لكراهيتها له باحد هذه الوجوه ان تفتدي منه نفسها فتخالعه فيكون
ذلك مباحا واما العجز فيكون تارة لعجزه عن الاستمتاع او المال واما العجز عن كثرة الاستمتاع
فتخالعه لاجل العجز فيكون الخلع مباحا واما القسم الثاني وهو المكروه فيكون من احد وجهين
تارة من جهتها وتارة من جهته فاما الذي من جهتها فهو ان تميل الى غيره وترغب في نكاحه
فتخالع هذا الناكح من مالت اليه ورغبت فيه فهذا الخلع مكروه لما رواه ثابت بن يزيد
عن عقبة بن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المختلعات المنتزعات من المنافقات
يعني اللاتي يخالعن الزوج لميلها الى غيره الا ان الخلع جائز لان هذا يفضي الى التباغض
والكراهة فيكون الخلع جائزا وهو مكروه من جهتها لا من جهته واما الذي من جهته
وهو ان يكون المراة ذات مال فيضيق الزوج عليها مع قيامه بالواجب لها طمعا في مالها ان
تخالعه على شيء منه فهذا مكروه من جهتها لا من جهته وهو جائز لانه سبب يفضي
الى التباغض والكراهة واما القسم الثالث وهو الفاسد فيكون من وجهين احدهما
[illegible]ها بالضرب والاذى حتى تخالعه فيكون الخلع باطلا لانه عقد معاوضة
[illegible]كراه فان كان بعقود المكروه والثاني ان يمنعها ما يجب عليه من النفقة
[illegible]سكنى والقسم لتخالعه فيكون الخلع مع ذلك باطلا لانه منع الحق فصار مكرها
[illegible] القسم الرابع وهو المختلف فيه فهو ان تزني الزوجة فيعضلها لتفتدي نفسها منه
[illegible]ل على ثلاثة اقسام احدها ان يمنعها النفقة والكسوة الواجبة لها فهذا
[illegible]ل محظور والخلع معه باطل والثاني ان يقسم جميع حقوقها ولا يعضلها
[illegible] يضيق عليها حذرا من الزنا فهذا مباح والخلع معه جائز والثالث ان

ان يقسم نفقتها ويعضلها في القسم لها فلا يقسم لها لتفتدي منه نفسها ففي جواز الخلع
قولان احدهما لا يجوز لقول الله تعالى ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما اتيتموهن
الا ان ياتين بفاحشة مبينة يعني الزنا فمنعه الله تعالى من العضل لاجل الفدية الا مع
الزنا فكان الظاهر يقتضي جوازه بالعضل مع وجود الزنا وانه يمنعها من القسم مع وجود
الزنا يسهل التحفظ من اتيانه من ما غيره والقول الثاني ان هذا العضل حرام وهي على
حقها من القسم وامتناعه من القسم لها لا يمنع من حقوق ولا ذهابه لوجوده على فراشه وانه
قد يقدر على الفراق بالطلاق ولانه لو جاز بهذا المعنى ان يسقط حقها من القسم حتى
تخالعه لجاز لاجل اسقاط حقها من النفقة لتخالعه فاما الاية ففيها جوابان
احدهما انها منسوخة حين نسخ حبس الزانية في قوله تعالى فامسكوهن في البيوت
حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا قال الشافعي وما اشبه ما قيل
والثاني ان الفاحشة المبينة هي النشوز في هذا الموضع قاله ابن عباس وعائشة
رضي الله عنهما والجواز له مع النشوز ان يعضلها وتخالعه

فصل

واما الخلع من غير سبب فهو ان لا يكون من احد الزوجين تقصير في حق صاحبه ولا
كراهة له فيجوز خلعهما ولا يكره لهما وهو قول الاكثرين وحكي عن الزهري وعطا
والنخعي ان الخلع فاسد وبه قال داود لقول الله تعالى ولا يحل لكم ان تاخذوا مما
اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا
جناح عليهما فيما افتدت به فدلت هذه الاية على فساد هذا الخلع من وجهين احدهما
تحريم الخلع الا مع الخوف والثاني لحوق الجناح مع ارتفاع الخوف والدليل على
جوازه قول الله تعالى فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا فاذا حل له ان يملك
ما طابت به نفسها من غير ان تملكها به بضعها والان كل عقد صح مع الكراهة
فاولى ان يصح مع الرضا كسائر النوع من العقود وغيرها فاما ما استدل به [illegible] لانه فقد
[illegible] الا ان يخافا الا يقيما حدود الله بضم الياء ويكون معناه الا ان يخافا [illegible]
الزوجان بحدود الله فعلى هذه المراة يسقط ان يكون خوف الزوجين شرطا في
جواز الخلع وقد اجمعت [illegible] الا ان يخافا فتحت الباء اشارة الى الزوجين

فعلى هذا يكون ذلك معدولا به عن الشرط الظاهر الى احد امرين اما لورودها
على سبب من الخوف وان كان حكمها على الاغلب واما عاما فانه لا يكون الا عن خوف وان
خاف في حال نادرة ليس معها خوف وان كانت هذه النادرة لا بد ان تقترن بها خوف
وان قل لان المراة لا تبذل مالها الا لفدا نفسها وهي راغبة والله اعلم **مسالة**
قال الشافعي ولو خرج في بعض ما منعه من الحق الى اديها بالضرب اجزت ذلك
لان النبي صلى الله عليه وسلم قد اذن لثابت باخذ الفدية من حبيبة وقد نالها بالضرب
وهذا صحيح لانه اذا ضربها على نشوز او تاديب جاز [illegible] الضرب اما على ما تقدم
من الضرب او لغيره من الاسباب فالخلع جائز لانه وقع عن رضى وخلا من اكراه فاما
ان كان الضرب لاجل الخلع فهو باطل لانه معقود على اكراه وافترقا ولذلك اجاز
النبي صلى الله عليه وسلم خلع ثابت بن قيس لحبيبة مع ضربه لها لان الضرب لم يكن على الخلع
والله اعلم **مسالة** قال الشافعي ولم يقل لا تاخذ منها الا في قبل عدتها كما
امر المطلق غيره وهذا صحيح المختلعة لا سنة في طلاقها ولا بدعة بخلاف المطلقة
في غير خلع حيث كان في طلاقها سنة وبدعة فيجوز ان يخالعها في الطهر والحيض جميعا
وهما سواء ويجوز الخلع فيهما ولو كان في غير خلع لكان طلاقها في الطهر سنة وفي الحيض
بدعة وانما كان كذا الظاهر والمعنى اما الظاهر فهو ان النبي صلى الله عليه وسلم لما خالع
حبيبة من زوجها ثابت لم يسألها عن حال حيضها وطهرها وانكر على ابن عمر الطلاق في الحيض
فكان الخلع في [illegible] لا ابانه ومنع منه واما المعنى فهو ان الاغلب من خلع الزوجين
انهما لا يقيما حدود الله ولو منعناه الى وقت الطهر لتعاقبه واثمابه [illegible] ذلك
المطلق لغير خوف وان المطلقة تمنع زوجها من طلاقها في الحيض لان لا تطول عليها
[illegible] والمختلعة وقع طلاقها باختيارها فصارت مختارة لطول العدة فلم يمنع الزوج
منها فافترقا **مسالة** قال الشافعي وروي عن ابن عباس ان الخلع ليس بطلاق
[illegible] عثمان قال هي تطليقة الا ان يكون سمى شيئا الى اول الفصل من كلام المزني
[illegible] الزوجان في الخلع عندنا الكلام [illegible] على ثلاثة اقسام احدها ان يعقداه بصريح
الطلاق كقوله قد طلقتك بالف او فاديتك بالف او خالعتك بالف فهذا صريح في
[illegible] فيكون صريحا في الطلاق مع العوض والكونه صريحا والقسم الثاني ان يعقداه

بكنايات الطلاق كقوله انت طالق بالف او بائن بالف او انت خلية او برية بالف فهذا كناية
بغير عوض وكناية مع العوض في الطلاق دون الفسخ فان اراد به الطلاق وقع
واستحق به العوض وان لم يرد الطلاق لم يقع ولا يستحق به العوض والقسم الثالث ان يعقداه
بلفظ الخلع والمفاداة كقوله قد خالعتك بالف او فاديتك بالف فهاذان اللفظان كناية
في الطلاق فاذا تجردت عن عوض تجري مجرى سائر كنايات الطلاق فاما مع العوض ففيها
قولان احدهما نص عليه في كتاب الام انها كناية في الطلاق لانه كناية فيه بغير عوض كان
كناية فيه مع العوض كسائر كناياته والقول الثاني وهو اصح القولين والمنصوص عليه
في سائر كتبه انه صريح لامرين احدهما ان كتاب الله تعالى قد جاء به فكان صريح الطلاق والمعنى
ان يكون بالعوض قد خرج عن حكم الكنايات والثاني ان اقتران العوض به قد نفى عنه
احتمال الكنايات فصار بانتفاء الاحتمال عنه صريحا فعلى هذا اذا كان صريحا فهل
يكون طلاقا او فسخا فيه قولان احدهما قاله في الام والاملاء واحكام القران انه صريح
في الطلاق وبه قال من الصحابة عثمان وعلي وابن مسعود ومن الفقهاء الاوزاعي والثوري
وابو حنيفة ومالك وهو اختيار المزني ودليله قوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله
فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم قال بعده فان طلقها
فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلما ذكر الخلع بين طلاقين علم انه ملحق بهما ولانه
لفظ [illegible] عبر الزوج فوجب ان يكون طلاقا كالطلاق ولان الفسخ ما كان عن سبب متقدم
كالعيوب والخلع يكون مبتدا من غير سبب فكان بالطلاق اشبه الا انه يكون من غير سبب اولى
لا يكون الا عن سبب ولان الفسخ يوجب استرجاع البدل كالفسخ في البيع ولو كان الخلع
فسخا لكان الا الصداق [illegible] جوازه بالصداق وغيره دليل على خروجه عن الفسخ
الطلاق والقول الثاني قاله في القديم انه صريح في الفسخ وبه قال من الصحابة
ابن عباس وعبد الله بن عمر ومن التابعين عكرمة وطاوس ومن الفقهاء احمد واسحق
وابو ثور ودليله قوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به
ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ووجه الدليل منه
انه لو كان الخلع طلاقا لصار مع الطلقتين المتقدمتين ثلاثا وحرمت عليه حتى تنكح
زوجا ولما قال بعده فان طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
لانه قد طلقها الثلاث وصار التحريم متعلقا باربع لا بثلث ولان الفرقة في الفسخ [illegible]

يكون الطلاق فسخ فلما كانت الفرقة بالطلاق تتنوع نوعين بعوض وغير عوض وجب ان تكون الفرقة بالفسخ تتنوع نوعين بعوض وغير عوض ولان النكاح عقد معاوضة فاذا لحقه الفسخ اختيارا جاز ان يلحقه الفسخ اختيارا كالبيع والفرق بين الفسخ والطلاق انه لو نكحها بعد الفسخ كانت معه على ثلث ولو نكحها بعد الطلاق كانت معه على اثنتين ولو كان قد طلقها طلقتين ثم فسخ حلت له قبل زوج ولو طلق لم تحل له الا بعد زوج ولو فسخ نكاحها ثلث مرات عقود حلت له قبل زوج ولو طلقها ثلث عقود لم تحل له الا بعد زوج فهذا اصح ما عندنا من ترتيب المذهب في حكم الخلع ومن اصحابنا من رتبه غير هذا الترتيب فجعله في لفظ الخلع قولين احدهما انه فسخ والثاني انه طلاق وهل يكون طلاقا صريحا او كناية على قولين ومن اصحابنا من خرجه على ثلثة اقاويل احدها انه فسخ والثاني انه طلاق صريح والثالث انه كناية في الطلاق والله اعلم

مسله

قال المزني واذا كان الفراق الفراق عن تراض لا يكون الا بزوج والعقد صحيح ليس له فيه علة والقياس عندي انه طلاق وهذا الفصل اورده المزني مريدا به امرين احدهما ان الخلع طلاق وقد مضى الكلام فيه والثاني ان الخلع يصح عند سلطان وغير سلطان اذا تراضي به الزوجان وقد يقصد ان يدعي على ذلك الاجماع وليس حضور السلطان ولا اذنه شرطا فيه وهو قول جمهور الفقها وحكي عن الحسن البصري ومحمد بن سيرين ان الخلع لا يصح الا عند سلطان احتجاجا بقول الله تعالى فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به واول الكلام خطاب للحكام وهو قوله فان خفتم الا يقيما حدود الله واخره خطاب للازواج وهو قوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به فدل ان حضور الحكام شرط فيه كما ان حضور الازواج شرط فيه والا ان النبي صلى الله عليه وسلم تولى الخلع بين حبيبة وثابت ولو جاز لهما التفرد بذلك لوكله اليهما ودليلنا قول الله تعالى فان طبن لكم عن شي منه نفسا فكلوه هنيئا مريا فجاز على عمومه وروي عن ابن شهاب ان امراة خالعت زوجها بالف درهم ترفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجازه وخالعت الربيع بنت معوذ بن عفرا زوجها فلم يكن فاجاره عثمان وامره بجانه وهو ما دون عقاص الراس ولانه عقد معاوضة فلم يفتقر الى حكم حاكم كالبيع والنكاح ولانه قطع الفسخ بالنكاح لا يفتقر الى حكم حاكم الا ان شروط النكاح اكد من شروط الخلع واما قوله فان خفتم الا يقيما حدود الله فهو خطاب

للازواج

لانه معطوف على قوله ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا وهذا خطاب للازواج فكذلك المعطوف عليه فلم يكن في الاية دليل واما خلع النبي صلى الله عليه وسلم بين حبيبة وزوجها فلانهما اختصما اليه قبل الخلع فصار الخلع تبعا للتخاصم والارشاد للحكم الخلع منه عاما خرج عنه فجاز ان يتولاه وليس في ذلك غيره من احكام الشرع

مسله

قال الشافعي ومن قبل ما ذكرت من الطلاق واحد له الرجعة قبل ما اخذ عوضا من المطلق وكان من ملك عوض شي خرج من ملكه لم يكن له الرجعة فيما ملك عليه فكذلك المختلعة وهذا صحيح فرقة الخلعة لا تملك فيها الرجعة وان كانت المختلعة في العدة سوا خالع بلفظ الخلع او بلفظ الطلاق وسوا قيل ان الخلع فسخ او طلاق وهو قول جمهور الفقها وحكي عن سعيد بن المسيب والزهري ان الخلع يقطع الرجعة على ان الزوج بالخيار بين ان يمسك المال فتسقط الرجعة وبين ان يرد المال فتثبت له الرجعة وقال ابو ثور ان خالعها بلفظ الطلاق فله الرجعة وان خالعها بلفظ الخلع فليس له رجعة لان الخلع عنده فسخ استدلالا بان العتق يوجب الولا كما ان الطلاق يوجب الرجعة ثم ثبت ان دخول العوض في العتق لا يمنع من ثبوت الولا كذلك ثبوت العوض في الطلاق لا يمنع من ثبوت الرجعة ودليلنا قوله تعالى فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به والافتدا الصون الخلاص والاستنقاذ ماخوذ من افتدا الاسير وهو خلاصه واستنقاذه ولو ثبتت الرجعة فيه لما حصل به الخلاص والاستنقاذ فدل على ان الافتدا يمنع من ثبوت الرجعة ولان الزوجة ملكت بضعها بالخلع كما ملك الزوج بضعها بالنكاح فلما كان الزوج قد ملك بضعها ملكا تاما لا سلطان فيه للزوجة وجب ان تملك الزوجة بضعها بالخلع ملكا تاما لا سلطان فيه للزوج ولان الزوج قد ملك عوض الخلع في مقابلة ملك الزوجة للبضع فلما استقر ملك الزوج للعوض حتى لم يبق للزوجة فيه حق وجب ان يستقر ملك الزوجة للبضع وان لا يبقى للزوج فيه حق واما الجواب عن الاستدلال بالعتق من وجهين احدهما ان العتق لا ينفك من ثبوت الولا فلذلك استوى حاله مع وجود العوض وعدمه والثاني ان الطلاق لانه قد ينفك من ثبوت الرجعة فلذلك لم يستوي حاله مع وجود العوض وعدمه وليس كذلك الطلاق لانه قد ينفك من ثبوت الرجعة فلذلك اختلف

حال بين وجود العوض وعدمه والثاني انه ليس في ثبوت الولا ما يمنع من مقصود العتق
من زوال الرق وجواز التصرف فيثبت الولا مع العوض كما يثبت مع عدمه وثبوت
الرجعه يمنع من مقصود الخلع في اسقاط حق الزوج وازاله ضرره فلذلك لم يثبت
الرجعه فيه وجواب ثالث وهو ان ثبوت الولا لا يقتضي عود العبد الى ملك السيد
والرجعه تقتضي عود الزوجه الى نكاح الزوج فافترقا ❊ **مسله** قال الشافعي
واذا حل له ان ياكل ما طابت به نفسا على غير فراق حل له ان ياكل ما طابت به نفسا واخذه
بالفراق وهذا كما قال الخلع يجوز بما اتفق الزوجان عليه من العوض قليلا كان او كثيرا
سوا كان بمثل المهر او اقل او اكثر وسوا كان من جنسه او غير جنسه وبه قال من الصحابه
عمر وابن عباس ومن التابعين مجاهد وعكرمه ومن الفقها مالك وابو حنيفه وقال قوم لا
يجوز الخلع الا بالمهر من غير زياده عليه وبه قال من الصحابه علي بن ابي طالب ومن
التابعين الحسن وابن المسيب والشعبي وعطا والزهري ومن الفقها احمد واسحاق واستدلوا
بان الخلع ... وانما المفهوم منها الا ان يخافا الا يقيما حدود الله
بقول الله تعالى ولا يحل لكم ان تاخذوا ... وبما رواه عكرمه عن ابن عباس ان جميله
بنت سلول اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله اني لا اعيب على ثابت في خلق
ولا دين واني لا استطيعه واكره الكفر في الاسلام فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم اتردين
عليه حديقته قالت نعم فقال لثابت خذ حديقتها ولا تزدد منه من الزياده بما
حظرها ودليلنا قول الله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به فاقتضى رفع الجناح
عن جميع ما افتدت به من قليل وكثير وان الربيع بنت معوذ بن عفرا اختلعت من زوجها
بجميع ملكها فاجاز ذلك عثمان وجعل لها ما دون عقاص الراس وان ما استفيد من ابدال
بعقود المعاوضات لم يتقدر بالاعيان ... لما لم يتقدر ما تملكه
من مال الهبه فاولى ان لا يتقدر ما تملكه من مال الخلع فاما الايه فاولها
مقصور على النهي عن اخذ ما اعطاها واخرها مقصور على اباحه اخذ الفدا فلم يخص
اولها باخرها في الاباحه ولا اخرها باولها في النهي فحمل كل واحد منهما على ظاهره في عمومه
واما الخبر فالجواب عن طلب النبي صلى الله عليه وسلم من جميله رد حديقتها
بعوضها في الاخر انه المهر الذي اعطاها فهو دليل على جوازه بالمهر ولا يمنع من الزياده

6
علىه كما لا يمنع من النقصان منه لان الزوج لم يطلب زياده كما لم تطلب الزوجه
نقصانا ❊ **مسله** قال الشافعي في كتاب الاملا على مسائل مالك ولو خالعها
طلقه بدينار على ان له الرجعه فالطلاق لازم له وله الرجعه والدينار مردود ولا
يملكه والرجعه معا ولا اجبر عليه من الطلاق الا ما اوقعه قال المزني الفصل الى اخره
ومقدمه هذه المسله ان الخلع ما استحق به العوض وسقطت فيه الرجعه وان
الخلع يتم بالعوض الصحيح والفاسد والمعلوم والمجهول غير انه ان كان العوض صحيحا
كان المسمى في العقد هو المستحق وان كان فاسدا كان المستحق فيه مهر المثل واذا منع
ما ذكرنا ان الجمع في الفرقه بالخلع بين استحقاق العوض وثبوت الرجعه فان استحق العوض
سقطت الرجعه وان استحقت الرجعه سقط العوض واذا ثبت هذا فصوره هذه
المسله في رجل خالع امراته على طلقه بدينار على ان له الرجعه فشرط على نفسه
الدينار والرجعه واجتماعهما متنافيان واذا كان كذلك فلا بد من اثبات احدهما
واسقاط الاخر والذي نص عليه الشافعي ثبوت الرجعه وسقوط الدينار فيقع
الطلاق رجعيا ولا شي له وقال المزني يقع الطلاق بائنا لا رجعه فيه ويكون للزوج
مهر المثل فاختار ذلك مذهبا لنفسه وذكر انه قياس قول الشافعي ونقل الربيع
هذه المسله ونقل جوابها كما نقله المزني ان الطلاق يقع رجعيا ولا شي للزوج
ثم قال وفيه قول ان الطلاق يقع بائنا ويكون للزوج مهر المثل على قول الاملا كالذي اختاره
المزني فاختلف اصحابنا في تخريجه قولا للشافعي فقال بعضهم هو قول ثان للشافعي
لان الربيع ثقه فيما يرويه وقال الاكثرون ليس بقول للشافعي وانما خرجه الربيع
احتمالا او تخريجا نقلا فليس للشافعي الا القول الذي نقله المزني عنه ووافقه
الربيع عليه ان الطلاق يقع رجعيا ولا شي للزوج والدينار مردود على
الزوجه فاما المزني فانه استدل بمعنى ما ذهب اليه من وقوع الطلاق بائنا
مع استحقاق مهر المثل باربعه اشيا احدها ان الخلع في مقابله النكاح

ان النكاح عقد والخلع حل ثم ثبت ان الشرط الفاسد في النكاح يوجب ثبوت
النكاح وسقوط الشرط ووجوب مهر المثل وجب ان يكون الشرط الفاسد
في الخلع موجبا لثبوت الخلع وسقوط الشرط واستحقاق مهر المثل والثاني
ان ما اثبت الرجعة من الطلاق لو شرط سقوطها لم يسقط وجب ان يكون ما
اسقط الرجعة من الطلاق اذا شرط ثبوتها لم تثبت والثالث ان الرجعة
وقد قال الشافعي في الاملا لو خالعها على طلقة بائنة على انه يثبت لها الخدمة المائة ورجعتها
وقع الطلاق وثابتا لا رجعة له فيه وكان له مهر المثل كذلك في مسئلتنا المعاقبة في الشرط
والرابع قال الاعتبار في الخلع بالرشد لانه لا يحجر عليها لا يصح خلعها في الاحوال
واقتضى ان يكون خلع من انحجر عليه يصح في كل الاحوال والدليل على ثبوت الرجعة
وسقوط العوض انه اشتمل احدهما على ثبوت الرجعة واستحقاق العوض ولم يكن
الجمع من ثبوت احدهما واسقاط الاخر كان ثبوت الرجعة وسقوط العوض اولى
من ثبوت الرجعة وسقوط العوض اولى من ثبوت العوض وسقوط الرجعة لان الرجعة
تثبت بغير شرط والعوض لا يثبت الا بشرط وما ثبت بغير شرط اقوى مما لا يثبت الا بشرط
والثاني انه في اثبات الرجعة واسقاط العوض تصحيح لاحد الشرطين والطلاق
لا حوز فيما قاله المزني ابطال الشرطين من الرجعة والعوض المسمى واثبات الثالث
لم يصححه الشرط وهو مهر المثل كان ما اثبت احد الشرطين اولى مما اسقط
معهما والثالثة انه لما تعارض الشرطان وتنافيا جميعا ولم يمكن اثبات احدهما
اولى من الاخر وجب اسقاطهما واعتبار الطلاق لا بشرط فيه وذلك موجب للرجعة
فلذلك ثبتت الرجعة والرابع ان الاعتبار على زوال الملك يكون مقصورا على ما قصد
ووالاه من الملك اعتبارا بالبيع والاجارة لا يدخلهما الا الاسم والزوج
لم يملك عن البضع الا ما سلم من الرجعة ولم يخرج بزوال ملكه عن الرجعة بما
استدل المزني الاول بالنكاح فيه دليلنا لان فساد الشرط في النكاح اذا عاد
الى العوض لم يفسد النكاح كذلك في الخلع اذا عاد فساد الشرط الى العوض.
لم يفسد الخلع وفساد الشرط في النكاح اذا عاد الى البضع كالشغار والخيار

اوجب فساد النكاح كذلك في الخلع اذا عاد فساد الشرط فيه الى البضع اوجب فساد الخلع
واما استدلاله الثاني بان ما يثبت فيه الرجعة لم يسقط بالشرط كذلك ما سقطت فيه الرجعة
لم يثبت بالشرط فهو الزام العكس وهذا لا يلزم لان المعنى في الموضعين نفي الرجعة بعقد
النكاح واما استدلاله الثالث بمسئلة الاملا فقد كان بعض اصحابنا يسوي الجواب في كل واحدة
من المسئلتين الى الاخرى ويخرجهما على وجهين وهو قول من ساوى بين المسئلتين لانه في مسئلة الكتاب
لم يملكها اسقاط اشتراط الرجعة في الحال ولذلك بين حكمها وطلبا للعوض وفي مسئلة الاملا
قد ملكها انقضاء سقوط الرجعة والاشتراط يخرج من حال ملكه ثبوت الرجعة فلذلك
ثبت حكم العوض وبطلت الرجعة واما الاستدلال الرابع بالمحجور عليها فهو دليل اعتدال
ذكره ولسنا اذا فسد عقد المحجور عليه في الاحوال كالبيوع وسائر العقود والله اعلم

مسئلة قال الشافعي والمختلعة لا يلحقها الطلاق وان كانت في العدة وهو
قول ابن عباس وابن الزبير ودهرا قالا اذا خالع زوجته على طلقة او طلقتين ويعث
على واحدة او اثنين ثم طلقها في العدة لم يقع طلاقه سوا طلقها بصريح الطلاق وكنايته
وسوا لحقها ذلك في العدة او بعد العدة وبه قال من الصحابة ابن عباس وابن الزبير ومن التابعين
عروة بن الزبير ومن الفقها احمد واسحق وقال ابو حنيفة ان طلقها في العدة بصريح الطلاق
كقوله انت طالق او على صفة كقوله ان دخلت الدار فانت طالق وقع طلاقها ولو قال
كل نسائي طوالق لم تطلق في هذه الاحوال الثلث وقال مالك ان طلقها عقيب خلعه متصلا
طلاقه بخلعه طلقت وان انفصل عن خلعه لم تطلق وقال الحسن البصري ان طلقها في
مجلس خلعه طلقت وان طلقها في غيره لم تطلق واستدل من نصر قول ابي حنيفة بقول الله تعالى
الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فذكر الثالث
الطلاق بعد الخلع واوقعه وروى ابو يوسف عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة ولانها معتدة من طلاق فوجب
ان يلحقها ما بقي من عدد الطلاق كالرجعية ولان الطلاق كالعتق لسرايتهما وجواز
اخذ العوض عليهما والخلع كالكتابة بثبوت العوض فيهما ثم ثبت ان الكتابة اذا

عنق صح عتقه لبقا باحكام الملك وجب اذا طلق المختلعة ان يصح طلاقها لبقا باحكام
النكاح ولان المختلعة كالمظاهر منها لتحريمها وبقا باحكام نكاحها فلما صح طلاق المظاهر
منها وجب ان يصح طلاق المختلعة ودليلنا قول الله تعالى الطلاق مرتان فامساك
بمعروف او تسريح باحسان فجعل التسريح بمنزلة الامساك فلما لم يكن لزوج المختلعة امساكها
لم يكن له تسريحها وطلاقها ولانه اجماع الصحابة لانه مروي عن عبد الله بن عباس وعبد الله
بن الزبير وليس لهما مخالف ولان الطلاق اذا لم يرفع نكاحا ولم يسقط رجعة كان مطرحا ..
كالمطلقة بعد العدة ولانها امراة لا تحل له الا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية
فان قيل الاجنبية ليس بينها وبينه شي من احكام النكاح فلم يلحقها الطلاق والمختلعة
يجري عليها من احكام النكاح وجوب العدة واستحقاق السكنى ولحوق النسب فجاز ان
يلحقها الطلاق فالجواب عنه ان وجوب العدة ولحوق النسب من احكام الوطي دون
النكاح الا ترى لو طلقها قبل الدخول لم تعتد ولو طلقها بعد [illegible] فقال قد ولدت
نكاحها هي طالق لم يلحق به الولد ولو وطيها بشبهة من غير نكاح وجب عليها العدة ولحق
به الولد فدل على ان العدة ولحوق النسب من احكام الوطي دون النكاح وليس كذلك الطلاق
لانه من احكام الوطي دون النكاح وليس كذلك الطلاق لانه من احكام النكاح دون الوطي
واما السكنى فسكنى المعتدة مستحقة بالطلاق دون النكاح لان سكنى النكاح تخالف سكنى
الطلاق من وجهين احدهما ان سكنى النكاح تسقط باتفاقهما على تركه وسكنى الطلاق
لا تسقط وان اتفقا على تركه والثاني ان سكنى النكاح يكون حيث شا الزوج وسكنى
الطلاق مستحقة في المنزل الذي طلقت فيه فافترقا واذا كان كذلك ثبت ان المختلعة
لم يبق عليها من احكام النكاح شي يلحقها الطلاق ولو كان وجوب العدة موجبا لبقا
النكاح ووقوع الطلاق لوقع الطلاق عليها اذا اعتدت من وطي شبهة
او من الطلاق الثلث وكذا [illegible] هذا الانفصال قياسا انا نقول كل [illegible]
[illegible] بعقد النكاح [illegible] ان يزول بزوال النكاح كالايلا والظهار واللعان [illegible]
[illegible] والايلا لا يصح منها ويضرب له المدة اذا تزوجها فلذلك الاجنبية عندكم

ويكون مبنيا [illegible] بالنكاح المستجد ابدا ولو كان ولد لها ايلا زوجته ضرب له المدة
والمولى بعد الاربعة الاشهر بالفيئة او الطلاق فما يطالب به في الزوجية فبطل
ما قاله من صحة الايلا منها ولان كل من املك عليها الطلاق [illegible] لا تملك عليه
الطلاق بغير بدل كالاجنبيات طردا والزوجات عكسا فان نوقض بالمختونة يصح طلاقها
من غير بدل ولا يصح ببدل لم يصح النقض لان المختونة لا يصح طلاق الخلع معها ويصح
مع وليها او مع اجنبي فصار طلاقها بالبدل صحيحا ولان من لا يلحقها مكني الطلاق
لم يلحقها صريحه كالاجنبية طردا والزوجية عكسا فان قيل ما الكناية اضعف من الصريح
فلم يلحقها كناية الطلاق لضعفه ولحقها صريحه لقوته قيل الكناية مع النية
كالصريح بغير نية فاستويا في القوة وان ما افاد الفرقة في الزوجية لم يعده في المختلعة
كالكناية فان قيل نكاح المختلعة اضعف من نكاح الزوجة واذا دخل عليها اضعف الكناية
لم تعمل فيها وان عمل في الزوجة قيل عكس هذا الزم لانه اذا عمل اضعف الطلاقين
في اقوى النكاحين كان اولى ان يعمل في اضعفهما واما الاحتجاج بالاية فلا دليل لهم عليها
لانه قال الطلاق مرتان فجوز بعد الثانية الخلع او الطلاق ولم يجوز بعد الخلع
الطلاق فلم يكن منها دليل واما الخبر فضعيف لانه لم يروه احد من اصحاب الحديث
وانما رواه ابو يوسف في اماليه من غير اسناد [illegible] وقيل ذلك لاحمد
به وقد كان ان [illegible] اذكر له حديث لا يعرفه [illegible] اصحابه على
[illegible] واول قول المختلعة يلحقها الطلاق [illegible] اما ان يحمل على ان الخلع طلاق
وليس بفسخ وهو قول ابي حنيفة واحد قولي الشافعي او يحمل على ان لفظ الخلع
بغير بدل اذا اقترن به النية كان طلاقا واما قياسهم على الرجعية فالمعنى فيها انها
زوجة يجوز ان يخالعها بغير نكاح ويلحقها ظهاره وايلاوه ولعانه ويصح طلاقه بالكناية
وعلى بدل فجاز ان يلحقها صريح الطلاق بغير بدل والمختلعة كالاجنبية في انتفا هذه
الاحكام عنها [illegible] انتفا الطلاق واما استدلالهم بالمكاتب فالجواب
عنه من وجهين احدهما ان عتق المكاتب [illegible] بالعتق يكون بالعقد وليس كذلك

المختلعة والثاني ان بقاء المال على المكاتب كبقاء الرجعة على المطلقة ولانه تعتق بالصريح
والكناية ولو قال كل عبيدي احرار دخل في جملتهم فجاز ان يلحق المكاتب العتق كما يلحق الرجعية
الطلاق بالصريح والكناية ويدخل في جملة نسائه ان طلقهن ولا يلحق المختلعة
الطلاق لانه لا يملك رجعتها ولا يلحقها كناية الطلاق ولا تطلق لو قال كل نسائي
طوالق ويفارق الحاق المكاتب بالرجعية في الوجوه التي ذكرناها اولى من الحاقه بالمختلعة
والله اعلم **فصل** اذا قالت المراة لزوجها طلقني واحدة بالف فقال انت
طالق واحدة وطالق ثانية وطالق ثالثة فان اراد بالعوض الطلقة الاولى لم تقع
الثانية والثالثة لانها مختلعة بالاولى فبانت بها وان اراد بالعوض الثانية طلقت
الاولى والثانية ولم تقع الثالثة وان اراد بالعوض الثالثة طلقت ثلاثا لان الخلع
كان بالثالثة فوقع ما تقدم بها من الطلقتين والله اعلم

باب ما يقع وما لا يقع على امراته من طلاقه

قال الشافعي لو قال لها انت طالق ثلاثا في كل سنة واحدة فوقعت عليها تطليقة
ثم نكحها بعد انقضاء العدة فجاءت سنة وهي تحته لم تقع بها طلاق لانها قد طلقت مرة
وصارت في حال لو اوقع عليها الطلاق لم يقع وانما صارت عنده بنكاح
جديد فلا يقع فيه طلاق نكاح غيره قال المزني هذا اشبه باصله نطلق كلما
جاءت سنة وهي تحته حتى تمضي طلاق ذلك الملك الحاوي الفصل من كلامهم اعلم
ان الطلاق يقع معجلا ومؤجلا وعلى صفة فاذا قال الرجل لامراته انت طالق ثلاثا
في كل سنة واحدة فقد فرق ما ملكه من الطلاق الثلاث في ثلاث سنين جعلها محلا
لوقوع الطلاق فيها فيكون ابتداء الاجل من وقته اذا لم يجر له سبب يخالف مطلق
لفظه لان الاجال اذا اطلقت تعين ابتداؤها من وقت الطلاق فيها كاجال الاثمان والايمان
واذا كان كذلك فاول السنة الاولى من وقت عقده للطلاق فاذا مضى منها بعد
عقده جزء وان قل طلقت واحدة لوجود الصفة بدخول السنة لقوله اذا دخلت

الدار فانت طالق فاذا دخلت اول جزء من الدار طلقت ولا يقع عليها في السنة الا
الا طلقة واحدة وقال مالك تطلق ثلاثا في وقته لان عنده ان الطلاق يقع
في وقته معجلا ولا يتاجل والكلام معه ياتي وعندنا انها لا تطلق في المؤجل
قبل حلول الاجل وتطلق بعد اول جزء من السنة الاولى طلقة واحدة وبعد
اول جزء من السنة الثانية طلقة ثانية لدخول الاجل الثاني الذي قد صار
صفة للطلقة الثانية وتطلق بعد اول جزء من السنة الثالثة طلقة ثالثة لدخول
الاجل الثالث الذي قد صار صفة للطلقة الثالثة واذا كان كذلك فلا تخلو حالها بعد
وقوع الطلقة الاولى عليها بعد اول جزء من السنة الاولى عند دخول السنة الثانية
والسنة الثالثة من ثلاثة اقسام احدها ان تكون زوجة بعقد نكاحه هذا والثاني
ان تكون بائنا منه والثالث ان تكون زوجة بعقد نكاح جديد فان دخلت السنة الثانية
والسنة الثالثة وهي زوجة بعقد نكاحه هذا وذلك قد يكون من احد وجهين
اما ان يراجعها بعد الطلقة الاولى فيطلق بعد اول جزء من السنة الثانية
طلقة ثانية ثم يراجعها فيطلق بعد اول جزء من السنة الثالثة طلقة ثالثة
فيقع عليها الطلاق الثلاث في السنين الثلاث لان الرجعة ترفع خلل
العقد ولا ترفع حكم الطلاق فصح عقد الطلاق ووجود الصفة في نكاح
واحد فلذلك وقع هذا هو احد الوجهين والوجه الثاني ان لا يراجعها بعد الطلقة
الاولى ولكن تطول بها العدة حتى تدخل السنة الثانية فتطلق في اول جزء منها
الطلقة الثانية لان المعتدة من الطلاق الرجعي زوجة يلحقها الطلاق والظهار والايلاء
لانهما يتوارثان فيها بالرجعة وانما حرم استمتاعه بها كالمحرمة بالاحرام وبالطهارة
فصل واما القسم الثاني وهو ان تدخل السنة الثانية والسنة
الثالثة وهي بائنة منه فذلك قد يكون من احد وجهين اما ان يكون قد طلقها في السنة
الاولى بعد الطلقة الاولى طلقتين فاستكمل طلاقها الثلاث فلا تطلق بدخول السنة الثانية

والثالثة وإن كانت في عدتها استأنفا ما ملكه من طلاقها وأما أن تنقضي عدتها
من الطلقة الأولى في السنة الأولى ثم تدخل السنة الثانية والسنة الثالثة
وهي غير زوجة فلا تطلق بدخولهما لأنها قد صارت بانقضاء العدة أجنبية
وهو قول الجمهور والفقهاء لا أعرف فيه خلافا إلا ما حكي عن أبي بكر بن الإسحاق
أنه قال تطلق بدخول السنة الثانية والثالثة وإن كانت بائنة لأن عقد
طلاقها كان وهي زوجة ويكون تأثيره أن الخلع له إلا الزوج وهذا خطأ لأنها
في حال لو باشرها بالطلاق المعجل لم يقع عليها فإذا صادفها طلاق موقوف فأولى أن
لا يقع عليها ولأن الصفة بدخول السنة الثانية والثالثة قد تأتي وهي زوجة لغيره
فتطلق تحت زوج من غيره وربما طلقها زوجها فيصير طلاقا من زوجين وهذا
مستحيل لأنه لو علق عتق عبده بصفة ثم باعه ثم وجدت الصفة لم يعتق وإن تجددها
في ملكه كذلك الزوجية وهو يد عما علق به وإذا لم يلحقها الطلاق فلو تزوجها
بعد السنة الثالثة لم تطلق بدخول ما بعدها من السنين لأن ما بعد
الثالثة لم يجعل أجلا للطلاق فيها ولا صفة فيه ولذلك توصلنا بالخلع إلى رفع ما
علق به الطلاق الثلاث من الشروط والصفات مثل أن يقول لها إن دخلت
الدار وإن كلمت زيدا فأنت طالق ثلاثا والخير بدءا من دخول الدار ومن كلام زيد
فيخالعها على الطلاق ثم تدخل الدار وتكلم زيدا وهي في العدة فلا تطلق لأنها
مختلعة بائن والمختلعة لا يلحقها طلاق ثم استأنف العقد عليها من وقته إن شاء
وهو في العدة وإذا دخلت بعد أن تزوجها الدار وكلمت زيدا لم تطلق لأن الصفة
وإن لم يقع بها الطلاق عند وجودها سقطت فلم يكن لها بعد ذلك حكم وهذا مما
أنكره عليه أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل وأبو سعيد الإصطخري من أصحابنا
وجود الصفة بعد الخلع لا يسقطها وإن الخلع لا تأثير له في رفع الصفات
أو جدت في النكاح وقالوا لأن قوله إذا دخلت الدار فأنت طالق موجود
٢٠ وجنته مضمرة في الصفة فيعقد بر كلامه إذا دخلت الدار وأنت زوجة

فأنت طالق فصارت الصفة مقيدة بشرط فإذا وجدت مع عدم الشرط
لم تسقط عند وجود الشرط كما لو قال لها إذا دخلت الدار صاحية فأنت طالق
فدخلتها مفطرة لم تسقط الصفة وطلقت إذا دخلتها من بعد وهي صاحية
وهذا خطأ لأن إثبات الصفات لا يعتبر في ظاهر الحكم ولأن
تقيد الشروط بالعرف والعادة ألا تراه لو قال لها إذا دخلت الدار فأنت طالق
فدخلتها رضا وحبوا طلقت وإن كان دخولها بخلاف العادة والمعقول العادة
بدخولها مشيا شرطا في الصفة التي يقع بها الطلاق كذلك هذه المسألة

فصل

وأما القسم الثالث وهو أن تدخل السنة الثانية وإن لم ته وهي زوجة
بنكاح صحيح إما أن تنقضي عدتها من الطلقة الأولى فيستأنف نكاحها قبل
الثانية وإما بأن يخالعها أو يطلقها ثلاثا وتستحل بزوج ثم يعود فيتزوجها قبل الثانية
فهل يقع الطلاق بوجود الصفة في النكاح الثاني لانعقادها في نكاح الأول فإن
زال الطلاق دون الثلاث فمذهب الشافعي في القديم وأحد قوليه في
الجديد أن الطلاق يقع بوجود الصفة في النكاح الثاني فتطلق بأول جزء من السنة
طلقة ثانية وبأول جزء من السنة الثالثة طلقة ثالثة والقول الثاني في الجديد
أن الطلاق لا يقع بوجود الصفة في النكاح الثاني وإنما لا تطلق بدخول
السنة الثانية والثالثة وإن زال النكاح الأول في الطلاق الثلاث فمذهب الشافعي
في الجديد وأحد قوليه في القديم أن الطلاق لا يقع والقول الثاني في القديم
أن الطلاق يقع بناء على وقوع الطلاق على قوله في القديم أقوى منه على قوله
في الجديد ووقوعه مع زوال النكاح الأول بدون الثلاث أقوى من وقوعه أن
زال بالثلاث وقد تخرج وقوع الطلاق في النكاح الثاني على ثلاثة أقاويل
أحدها أنه لا يقع سواء كان الطلاق في الأول ثلاثا أو دونها وهو مذهب
المزني والقول الثاني أنه يقع سواء كان في الأول ثلاثا أو دونها وهو مذهب أبي حنيفة
والقول الثالث أنه يقع إن كان الأول أقل من ثلاث ولا يقع إن كان ثلاثا

فإذا قيل بالأول أنه لا يقع فوجهه قول النبي صلى الله عليه وسلم لا طلاق
قبل نكاح وهذا طلاق قبل نكاح ولأن عقد الطلاق قبل النكاح يمنع من
وقوعه في النكاح كما لو عقده في أجنبية ولأن زوال النكاح الأول يوجب ارتفاع
أحكامه وعقد الطلاق من أحكامه فلم يجز أن يبقى بعد ارتفاعه ولما ذكره المزني
وإن قيل بالثاني أن الطلاق يقع فوجهه أن عقد الطلاق ووجود صفته
كانا معه في ملكه ونكاحه فاقتضى أن يقع كما لو كانا في نكاح واحد ولأن الطلاق
معتبر بحال عقده دون وقوعه ولا اعتبار بما يتخللهما من حال المنع كالعاقد للطلاق
في صحته إذا وجدت صفته بعد جنونه لم يمنع وقوعه كذلك هاهنا وإذا قيل بالثالث
أنه يعود إن ارتفع بدون الثلاث ولا يعود إن ارتفع بالثلاث فوجهه أن ارتفاعه
بدون الثلاث موجب لبقاء أحكامه من عدد الطلاق فوجب بقاء عقده للطلاق وإذا
ارتفع بالثلاث لم يبق له حكم من عدد الطلاق فلم يبق له حكم في الطلاق وعلى هذه
الأقاويل الثلاثة في الطلاق يكون حكم الظهار والإيلاء إذا عقده بشرط في النكاح
الأول فوجد بالنكاح الثاني فإن قلنا بوجود الطلاق فيه ثبت فيه الظهار والإيلاء
وإن قلنا لا يقع فيه الطلاق لم يثبت فيه الظهار والإيلاء لاشتراكهما في حصائل النكاح فأما
العتق وهو أن يقول لعبده إذا دخلت الدار فأنت حر ثم يبيعه ويشتريه ويدخل
الدار بعد الشراء فقد اختلف أصحابنا في بيعه هل يجري مجرى الطلاق الرجعي
أم يجري مجرى الثلاث على وجهين أحدهما أنه يجري مجرى الرجعي لأنه يملك بشرائه بعد
شرط ما في نكاح الرجعية فعلى هذا العتق على قوله في القديم وفي الجديد
على وجهين والوجه الثاني أنه يجري مجرى الثلاث لأنه لم يبق للأول حكم فعلى هذا لا
يعتق على قوله في الجديد ويجب في القديم على قولين والله أعلم

باب الطلاق قبل النكاح

قال الشافعي ولو قال كل امرأة أتزوجها طالق أو لامرأة بعينها أو لعبد
إن ملكتك فأنت حر فتزوج أو ملك لم يلزمه شيء لأن الكلام الذي له الحكم

كان وهو غير مالك فبطل إلى آخر الباب اختلف الفقهاء في عقد الطلاق قبل
النكاح هل يصح أم لا على ثلاثة مذاهب أحدها وهو مذهب الشافعي أنه لا يصح
عقد الطلاق قبل النكاح لا في العموم ولا في الخصوص ولا في الأعيان
فأما العموم أن يقول كل امرأة أتزوجها فهي طالق والخصوص أن يقول كل امرأة أتزوجها
من بني تميم أو من أهل البصرة فهي طالق والأعيان أن يقول لامرأة بعينها إن تزوجتك
فأنت طالق فلا يلزمه الطلاق إذا تزوج في هذه الأحوال كلها وهكذا العتق قبل
الملك في العموم والخصوص والأعيان لا يقع وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب وابن
عباس ومن التابعين سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب وعطاء ومن الفقهاء أحمد
وإسحاق والمذهب الثاني وهو قول أبي حنيفة أن الطلاق ينعقد قبل النكاح
في العموم والخصوص والأعيان وبه قال النخعي والشعبي والثوري والمذهب
الثالث وهو قول مالك أن الطلاق ينعقد قبل النكاح في الخصوص والأعيان
ولا ينعقد في العموم إذا قال كل امرأة أتزوجها طالق لأنه يصير به كالمحرم لما أحله
الله تعالى من النكاح له ولا يصير في الخصوص والأعيان محرما للنكاح لأنه قد
يستبيح نكاح من لم يخصها ولم يعينها وبه قال ربيعة والأوزاعي وقال الربيع
وذكر أن الشافعي في هذه المسألة في الإملاء حكى خلاف الناس فيها فعلقت
يقول إنه فيها فقال أنا متوقف ولم يرد ذلك بقول آخر لأنه قد صرح بأنه لا يقع
واستدلوا على عقده قبل النكاح ووقوعه بعد النكاح بأن الطلاق يصح بالغرر
والجهالة فصح عقده في غير ملك إذا أضيف إلى الملك كالوصية والنذر
وبيانه أن الغرر في الطلاق أن يقول إن قدم زيد فأنت طالق لأنه قد يقدم وقد لا
يقدم والجهالة فيه أن يقول إحدى نسائي طوالق لأن المقصودة بالطلاق مجهولة والغرر
في الوصية أن يوصي بحمل ناقته أو بثمرة نخلته والجهالة فيها أن يوصي لأحد عبيده
ثم ثبت أن الوصية تنعقد في غير ملك وهو أن يوصي بثلث ماله ولا مال له فيصير
ذا مال أو يوصي بعبد وليس له عبد ثم يملك عبدا وكذلك في النذر وكذلك

الطلاق قالوا ولان الطلاق معنى على السراية فيصح عقده قبل الملك كالعتق
اذا قال لامته اذا ولدت ولدا فهو حر عتق عليه ولدها اذا ولدته فلما
صح عقده قبل الملك فكذلك الطلاق ودليلنا قول الله تعالى يا ايها الذين
آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن فشرط ان يكون الطلاق بعد النكاح
فلم يجز ان يكون قبل النكاح ومن السنة ما رواه جابر وابن عباس ومعاذ بن جبل
وعائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق قبل نكاح وروى جويبر عن
الضحاك عن النزال عن علي بن ابي طالب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
لا رضاع بعد فصال ولا وصال في صيام ولا يتم بعد حلم ولا صمت يوم الى الليل
ولا طلاق قبل نكاح وروى مطر الوراق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس على الرجل طلاق فيما لا يملك ولا بيع فيما لم يملك
ولا عتق فيما لم يملك وروى عبد الرحمن بن الحارث عن عمرو بن شعيب ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من طلق ما لا يملك فلا طلاق له ومن اعتق ما لا
يملك فلا عتق له ومن نذر فيما لا يملك فلا نذر له وروى عروة عن عائشة انها
قالت بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا سفيان بن حرب فكان فيما عهد
اليه ان لا يطلق الرجل ما لم يتزوج ولا يعتق ما لم يملك وهذه كلها نصوص تدل
على صحة ما قلنا فان قيل فقوله لا طلاق قبل نكاح محمول على وقوع الطلاق
دون عقده لان اسم الطلاق يتناول وقوع الطلاق دون عقده الا ترى
لو قال لامراته ان طلقتك فعبدي حر ثم قال لها ان دخلت الدار فانت طالق
لم يعتق عبده حتى يدخل الدار ولو كان عقد الطلاق طلاقا لعتق بذلك فقوله
لا طلاق قبل نكاح اي لا طلاق يقع قبل نكاح قالوا ونحن نوقعه بعد
النكاح وان عقده قبل النكاح فالجواب عنه من ثلاثة اوجه احدها ان
الطلاق اذا كان رفعا للنكاح فمعلوم من حال الاجنبية التي لا نكاح عليها
ان الطلاق لا يقع عليها فلا فائدة فيما هو معقول الى بيان مستفاد من
الرسول والثاني انه يحمل قوله لا طلاق قبل النكاح على عموم الامرين
فلا الطلاق واقع ولا معقود لان اللفظ يحتملهما الا انه لو قال لا طلاق

قبل النكاح واقعا ولا معقودا لصح فوجب ان يكون اللفظ محمولا على
تحمله معا دون احدهما والثالث انه قد نقل ما يدفع هذا التاويل ويمنع
من حمله الا على ما ذكرنا وهو ما رواه الدارقطني باسناده عن نافع عن عبد
الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل عن رجل قال يوم اتزوج فلانة
فهي طالق فقال طلق ما لا يملك وروى زيد بن علي بن الحسين باسناده ان امراة اتت النبي صلى
الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني خطب امراة وان ابني قال هي طالق ان تزوجتها
فقال صلى الله عليه وسلم مريه فليتزوجها فانه لا طلاق قبل نكاح واما استشهاده
بما ذكره على ان لفظ الطلاق يتناول الوقوع دون العقد فلان الايمان محمولة على الحقيقة
دون العرف ثم يدل على ذلك من القياس انه طلاق معلق بالصفة قبل النكاح
فلم يصح وقوعه في النكاح اصله اذا قال للاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق
ثم دخلت الدار بعد ان تزوجها او قال لها اذا جاء راس الشهر فانت طالق ثم جاء راس
الشهر قبل ان تزوجها لم تطلق موافقة لنا وكذلك فيما خالفنا فان قيل المعنى
في الاصل ان الطلاق لم يقع فيه لانه غير مضاف الى ملكه ووقع في الفرع لانه
مضاف الى ملكه ولو كان قال لها ان دخلت الدار وانت زوجتي فانت طالق فتزوجها
ثم دخلت الدار طلقت لانه قد اضاف الطلاق الى ملكه يوضح هذا الفرق في الطلاق
بين اضافته الى ملكه فيقع وبين ان لا يضيفه الى ملكه فلا يقع اتفاقنا على مثله في النذر
وهو ان يقول ان شفا الله مريضي فلله علي ان اعتق عبد زيد فشفى الله مريضه
وملك عبد زيد لم يلزمه عتقه ولو قال ان شفا الله مريضي وملكت عبد زيد فلله علي
ان اعتقه فان شفا الله مريضه وملك عبد زيد لزمه عتقه والفرق بينهما انه في
الاول ما اضاف العبد الى ملكه فلم يلزمه عتقه وفي الثاني اضافه الى ملكه
فلزمه عتقه كذلك الطلاق فالجواب عنه انه لو كان عقد الطلاق بالصفة
قبل النكاح صحيحا لعقده بعد النكاح لم يقع الفرق قبل النكاح بين اضافته الى الملك

ومن الطلاق فيه تمام بنفع الفرق بعد النكاح بين اضافته وبين اطلاقه وان قيل
فهو بعد النكاح مالك فلا يغني وجود الملك عن اضافته الى الملك وليس كذلك
قبل النكاح لانه غير مالك فافتقر مع عدم الملك الى اضافته الى الملك والجواب
عنه ان وجود الملك في الزوجية لا يغني عن اشتراط الملك ونصير الحلف
اشتراطه وعدمه وهو ان يقول لزوجته اذا دخلت الدار فانت طالق
ثم خالعها فدخلت الدار بعد خلعه سقطت اليمين فلو تزوجها ثم دخلت الدار لم
تطلق ولو كان قال لها اذا دخلت الدار وانت زوجتي فانت طالق ثم خالعها
فدخلت الدار بعد خلعه لم تسقط اليمين ولو تزوجها ثم دخلت الدار طلقت
فقد علمت ان وجود الملك في الزوجية لا تقوم مقام اشتراط الملك فيها فبطل ما قالوه
من الاستغناء بوجود الملك عن اشتراط الملك واما النذر فانما لم يلزمه
اذا قال ان شفا الله مريضي فلله علي ان اعتق عبد زيد لان نذره لعتق عبد
غيره معصية وقد قال صلى الله عليه لا نذر في معصية ولزمه اذا قال ان شفا الله مريضي
وملكت عبد زيد فلله علي ان اعتقه لانه نذر عتق ملكه وقد تعلق العتق بذمته
ولزمه لانه قد تعلق بذمته ما لا يملكه ومثاله من الطلاق ان يقول ان شفا
الله مريضي وملكت عبد زيد فهو حر فشفا الله مريضه وملك عبد زيد لم يعتق
عليه وقياس ثاني وهو ان كل ما لم يصح منه ايقاع الطلاق المعجل لم يصح منه
عقد الطلاق المؤجل كالصبي والمجنون لما كان قبل … لم يصح من الصبي والمجنون
بعد التكليف وليس كذلك الحلف فقد افترقا فيما لم يمنع من نفاذه في الطلاق
المعجل لم يمنع من نفاذه في الطلاق المؤجل وقياس ثالث وهو ان كل قول
وضع لازالة الملك لم يصح تقدمه على الملك كالعتق والوقف وقياس رابع وهو ان الفرقة
في النكاح لا يصح وقوعها المعلق بتقدمه كالفسخ وقياس خامس وهو انه طلاق سابق
المجنون والصغير فوجب ان يمنع عدم الملك كالطلاق المعجل واما الجواب
عن ما … علي الوصية والنذر فهو ان عقد الوصية … الحياة ويقول …

وعقد الايجاب والقبول يصح في غير ملك كالسلم وعقد الطلاق يستند عقد
التنفيذ لا يصح الا في ملك كبيع مال الغير بغير اذنه واما الجواب عن
عتق ولد امته قبل ولادته فهو ان لاصحابنا فيه وجهان احدهما انه لا يعتق
لانه عتق قبل الملك والوجه الثاني يعتق فعلى هذا انما اعتق الولد لانه
تبع لامه والاجنبي ملك يجري عليه حكم الملك لانه تبع للملك وليس كذلك الاجنبية
لانها ليست في ملكه ولا تبعا للملك ولا حلفا …

فصل وهكذا الظهار
والايلا قبل النكاح لا يصح فاذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت علي كظهر امي
فتزوجها لم يصر مظاهرا منها لان الظهار يتبع الطلاق في الثبوت والنفي
واذا قال لها اذا تزوجتك فوالله لا وطئتك ابدا لم يكن موليا لان الايلا
لا يصح الا من زوجة كالطلاق ولكن يكون حالفا فان … موليا وان وطئها حنث وكفر
ان لم يوطئها احلف الايلا لان اليمين … وان لم يصح منها الايلا والله اعلم

باب مخاطبة المراة بما يلزمها من الخلع وما لا يلزمها

قال الشافعي ولو قالت له امراته ان طلقتني ثلثا فلك علي مائة فهو كقول الرجل
بعني ثوبك هذا بمائة درهم فان طلقها فله المائة درهم اعلم ان الخلع عقد معاوضة
يجري مجرى البيع ان الزوج يملك به البدل وتملك الزوجة به البضع فيحل الزوج فيه
محل البائع وتحل الزوجة فيه محل المشتري وربما اجتمع الخلع والبيع في صفة العقد
وربما اختلفا … في احكام العقد فيثبت في البيع خيار العقد والشرط ولا
يثبت واحد من الخيارين في الخلع فاذا قالت المراة لزوجها طلقني ثلثا بالف فطلق
وافقه له الالف لانها طلبت منه ان يملكها بضعها بالالف فاجابها الى ان ملكها بضعها
بالالف فتم ذلك بطلبها والايجاب الزوج اذا اتصل بالطلب وجرى ذلك مجرى
البيع وعلى صفته وهو ان يقول لغيره بعني عبدك هذا بالف فيقول المالك قد بعتك عبدي
هذا بالالف فتم البيع والخيار للمشتري الى ان ينزل فقد … لان ما …

المشتري طلب وما اجاب به المالك ايجاب فتم البيع بالطلب والايجاب كما يتم بالبذل
والقبول ولو كانت الزوجة حين قالت طلقني ثلثا بالف قال الزوج قد طلقتك
ثلثا ولم يقل بالف طلقت ثلثا وله الالف لانه اجابها في مقابلة طلبها فصار له
الايجاب ما تضمنه الطلب ومثله في البيع جائز وهو ان يقول بعني عبدك هذا بالف
فيقول قد بعتك ولا يقول بالف فيلزمه بالالف لانه الجواب في مقابلة طلبه بثمن
الالف فاستغنى عن ان يصرح في جوابه بالالف ولو قال الولي في النكاح زوجتك
بنتي على صداق الف فقال الزوج قبلت نكاحها ولم يقل بالالف صح النكاح
ولم يلزمه الالف في اظهر الوجهين والفرق بين هذا وبين البيع ان البيع
لا يتم الا بالثمن فاذا اطلق الجواب بالبيع ولم يذكر فيه الثمن عاد الى البيع والثمن
لانهما لا يفترقان وليس كذلك النكاح لانه يصح بغير صداق فاذا صرح بقبول
النكاح ولم يصرح بقبول الصداق لزمه النكاح دون الصداق لانهما قد يفترقان
قلت وهذا التعليل في الفرق يقتضي ان لا يجب له في الخلع الالف حتى يقول قد طلقتك
ثلثا بالف لانه يصح الطلاق بغير الالف فيكون ما قدمناه من تعليل الفرق لا
يقتضي هذا في الخلع وانما اقتضاه في النكاح والفرق بينهما ان القبول في النكاح
في مقابلة الترابين العقد والصداق فان صرح بهما والا انصرف الى المقصود منهما
وهو النكاح وليس في الخلع الا التزام واحد وهو العوض فتوجه الطلاق الى اجابته
اليه **فصل** ولو قالت الزوجة ان طلقتني ثلثا فلك علي الف او فلك الف
فقال الزوج قد طلقتك بالف او قال قد طلقتك ثلثا ولم تعد ثالث طلقت ثلثا وله
الالف وهي مسألة الشافعي ومثل ذلك في البيع لا يصح وهو ان يقول ان بعتني
عبدك هذا فلك علي الف فيقول المالك قد بعتك هذا العبد فلا يتم البيع
حتى يقبل المشتري بعد بذل البايع فيقول قد قبلت ابتياعه بالالف والفرق
بين الخلع والبيع في هذه المسألة ان حروف الشرط في قولها ان طلقتني فلك الف

اذا لم يتضمن طلبا بالحمل بعين الزاما فيصح الطلاق بالزوج وحده وقد وجد
الالتزام منها له في الخلع وليس كذلك البيع لانه لا يصح بمجرد الالتزام حتى يقترن
به الطلب وليس في لفظ الشرط طلب وصار التزام المشتري سوما فلم يتم البيع
بعد بذل البايع الا بقبول المشتري فان قيل فقد سبق الشافعي هذه المسألة
بالبيع فلم وضع التسوية بينهما في استحقاق العوض لا في صفة العقد وهكذا لو قالت
طلقني ثلثا على ان ادفع اليك الفا فطلقها ثلثا استحق عليها الفا لالتزامها على الطلاق
الفا فصار الطلاق شرطا والالتزام جزاء ومثل هذا في البيع لا يتم الا بالبذل والقبول
والله اعلم **مسألة** قال الشافعي ولو قالت له اخلعني او ابني او بتني
او ابن مني او بارئني ولك علي الف درهم وهي تريد الطلاق فطلقها فله ما سمت له
اعلم ان اللفظ الذي يخالع به الزوجان ينقسم ثلثة اقسام احدها ما كان صريحا
في الطلاق وهو ثلثة الفاظ الطلاق والفراق والسراح فهذه الالفاظ الثلثة
صريحة في الطلاق سوا كان معها عوض او لم يكن والقسم الثاني ما كان كناية
في الطلاق وهو قولها ابنني او بتني او ابن مني او بارئني او حليني والعيني او حرمني
وما شاكله من الالفاظ كناية سوا كان معه عوض او لم يكن والقسم الثالث ما
كان مختلفا فيه وهو لفظتان الخلع والمفاداة فان لم يقترن بهما عوض فهما
كناية في الطلاق وان اقترن بهما عوض ففيهما قولان احدهما وهو قوله
في الاملا انه صريح في الطلاق فيكون من القسم الاول والقول الثاني نص عليه في الام
ونقله المزني الى مختصره هذا انه كناية في الطلاق فيكون من القسم الثاني والقسم
الثالث انه يكون فسخا صريحا فلو نكحها حينئذ معها لما الحكم القسمين المتقدمين
فصل فاذا تقرر ما وصفنا لم يخل حال الزوجين في عقد الخلع من احد قسمين
اما ان يتفقا في لفظ الخلع واما ان يختلفا فاما القسم الاول وهو ان يتفقا في
لفظ الخلع فعلى ثلثة اقسام احدها ان يتلفظا بصريح الطلاق فيجب بها المسمى

مثل أن يقول له طلقني فيقول لها قد طلقتك ثلاثا أو تقول له فارقني بألف فيقول
لها قد فارقتك أو تقول له سرحني بألف فيقول لها قد سرحتك فقد تم الخلع
بطلبها والإجابة ولا بال ولا حرمتها عن مراده وهكذا لو قالت له طلقني
فقال لها قد فارقتك أو قالت له سرحني فقال لها قد طلقتك لأن جميع هذه
الألفاظ الثلثة صريحة يقوم كل واحد منها مقام الآخر وكان كما لو أجابها بمثل كلامها وإن
خالفه في لفظه والقسم الثاني أن تسأله كناية الطلاق فيجيبها بمثلها وهو أن تقول له
أبني بألف أو ابرئني أو بارئني أو ابتني أو حرمني أو اعتدي فيقول لها قد أبنتك أو
بارأتك أو حرمتك أو اعتددتك وأي هذه الألفاظ أجاب عن أي لفظة سألت
فيها كان مجيبا بمثلها في الحكم وإن خالفها في اللفظ لأن جميع ألفاظ الكناية متماثلة
في الحكم وإن كانت مختلفة في اللفظ وإذا كان كذلك فألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق
إلا مع النية فإن تجردت عن النية لم يقع بها طلاق ولم يجز لها خلع فيسأل الزوجان
عن نيتهما لأنه للخلع لحالهما فيه من أربعة أحوال أحدها أن تريد الزوجة بسؤالها
ويريد الزوج بإجابته الطلاق فيتم الخلع وتقوم الكناية مع النية مقام الصريح
في الطلب والجواب والحال الثانية أن لا يريد واحد منهما الطلاق فلا طلاق
ولا خلع والحكم للفظ الجاري بينهما في فرقة ولا عوض والحال الثالثة أن
تريد الزوجة الطلاق ولا يريده الزوج فلا طلاق وقد سألته ما لم يجبها إليه
ولا يلزمها ما بذلت من العوض لأنه لم يحصل لها ما سألته من الطلاق فإن أكذبته
وادعت إرادة الطلاق أحلفته ولا طلاق عليه ولا شيء عليها والحال
الرابعة أن يريد الزوج الطلاق ولا تريده الزوجة فيسأل الزوج هل علمت
حين أردت الطلاق أن الزوجة لم ترد الطلاق فإن قال نعم وقع طلاقه رجعيا
ولا عوض عليها وكأنه طلقها من غير طلبها وإن قال ظننت أنها أرادت
الطلاق ولم أعلم أنها لم ترده قيل له إن صدقتها على أنها لم ترد الطلاق
فإن صدقتها لم يقع طلاقه لأنه طلق على شرط عوض لم يحصل له

فإذا لم يوجد الشرط لم يقع الطلاق وإن أكذبها وقال بل أردت الطلاق
وقع طلاقه بائنا لاعترافه بوقوعه وله إحلافها أنها لم ترد الطلاق فإذا أحلفت
فلا شيء عليها وإن نكلت ردت اليمين عليه فإذا حلف كان له عليها الألف التي تضمنت
بذكرها وحلف الزوج عليها والقسم الرابع أن تسأله بلفظ الخلع فيجيبها
بمثله مثل أن تقول اخلعني بألف فيقول قد خلعتك أو قد خالعتك أو تقول له
فادني بألف فيقول لها قد فاديتك أو تقول له اخلعني فيقول لها قد فاديتك أو
تقول له فادني فيقول قد خالعتك فكل ذلك سواء لأن لفظ الخلع والمفاداة
مترادفان معنى ومتساويان في الحكم أما المفاداة فلورود القرآن بها وأما الخلع فللمعهود
اللغة فيه وهذا القسم إنما يتميز عن القسمين الأولين إذا قيل إن لفظ الخلع
والمفاداة فسخ ولو قيل إنه طلاق أو كناية لدخل فيهما ولم يتميز عنهما وإذا
كان كذلك فقد تم الخلع بينهما بلفظ الخلع ووقع فسخ النكاح من غير أن ينقص
عدد الطلاق وعليها الألف التي بذلتها ولو كان خرج سؤالها للخلع وأجابها
بالفسخ مثل أن تقول له اخلعني بألف فقال لها قد فسخت نكاحك بعينه وجهان أصحهما
أنه لا يصح لأنه ليس له أن يفسخ نكاحها إلا بعيب والوجه الثاني يصح ذلك منه
ويكون فسخا يقوم مقام الخلع لأنه أصح من الخلع وكان فسخا وأولى أن يصح منه بصريح
الفسخ ويكون خلعا وهكذا لو قالت اشتريت نفسي بألف فقال قد بعتكها كان على هذين الوجهين

فصل وأما القسم الثاني في الأصل وهو أن يختلف لفظهما في عقد الخلع فهذا
على ستة أقسام أحدها أن تسأله بصريح الطلاق فيجيبها بكنايته مثل أن تقول
له طلقني بألف فيقول لها قد أبنتك أو قد حرمتك فإن لم يرد به الطلاق فلا خلع وإن
أراد به الطلاق ففيه وجهان أحدهما وهو قول أبي علي بن خيران لا يقع الطلاق لأنها
سألته صريح الطلاق فعدل عنه إلى كنايته فلم يكن مجيبا إلى ما سألت والوجه الثاني
وهو الصحيح أن الطلاق واقع وله الألف لأن كناية الطلاق مع النية تقوم
مقام صريح الطلاق في وقوعه والقسم الثاني أن تسأله بصريح الطلاق فيجيبها

بالخلع كانها قالت طلقني بالف فقال قد خالعتك بالف فان قيل ان لفظ الخلع
صريح في الطلاق فقد وقعت الفرقة واستحق البدل وصار كالواجب بها
صريح عن صريح وان قيل ان الخلع كناية فهو على ما مضى من الجواب عن الصريح بالكناية
وان قيل ان الخلع فسخ وعليه التفريع فيما ذكره من الاقسام كلها فيصح ان يكون
من الحكم المخصوص بعقد هذا في وقوع الفرقة به وجهان احدهما ان الفرقة قد
وقعت لان كلا المتعاقدين صرح في الفرقة والوجه الثاني لا تقع به الفرقة ولا
يكون نحو الى ما سالت لانها سالت طلاقا تستفيد به ما طلقها من عدد الطلاق
واجابها الى فسخ لا تستفيد به عدد الطلاق فصار مجيبا الى غير ما سالت فلم تقع به الفرقة ولم
يستحق به البدل والقسم الثالث ان تساله كناية الطلاق فيجيبها بصريحه كانها
قالت له ابني بالف فقال قد طلقتك بها فانها تسال عن ارادتها دونه فان
ارادت الطلاق وقع الطلاق وله الالف لان الصريح اقوى من الكناية وان لم
ترد الزوجة بالكناية الطلاق لم يقع الطلاق لعدم الشرط ولم يستحق البدل
والقسم الرابع ان تساله كناية الطلاق فيجيبها بالخلع كانها قالت ابني بالف فقال
لها قد خالعتك بها فانها تسال عن ارادتها بالكناية فان لم ترد الطلاق فلا خلع
وان ارادت الطلاق ففي وقوع الفرقة بلفظ الخلع وجهان اذا قيل ان الخلع فسخ
كما لو سالته صريح الطلاق فاجابها بالخلع والقسم الخامس ان تساله بالخلع فيجيبها
بصريح الطلاق كانها قالت له اخلعني بالف فقال طلقتك فالقول انها بالطلاق وهاهنا
وقع والالف مستحق لانها سالته بالخلع فرقة لا تستفيد بها عدد الطلاق واجابها
بالطلاق الذي تقع به الفرقة وتستفيد به عدد الطلاق فصار ما اجابها اليه
اكثر مما سالته منه وان خالف سوالها بالطلاق فيجيبها بالخلع لان الخلع بعض فلم
تصر مجيبا الى ما سالت والقسم السادس ان تساله بالخلع فيجيبها بكناية الطلاق
كانها قالت له اخلعني بالف فقال قد ابنتك بها فيسال عن ارادته بالكناية ولا يخلو
من ثلثه احوال احدها ان لا يريد به الطلاق فيصير بالكناية طلاقا فيقع الطلاق

فتتحول الالف ويصير كانها سالته الخلع فاجابها بالطلاق فيقع لانه اغلظ والحال
الثانية ان يريد به فسخ الخلع فقد اختلف اصحابنا في كنايات الطلاق هل يصح
ان يكون كناية في فسخ الخلع ام لا على وجهين احدهما لا يصح لان الفسخ لا يتعلق
بالصفة فلم يصح بالكناية فعلى هذا لا فرقة ولا بدل والوجه الثاني انه يصح ويكون
كناية في الفسخ كما كان كناية في الطلاق فعلى هذا فقد سالته بصريح الفسخ فاجابها
بكنايته فيكون في وقوع الفرقة به على وجهين كما لو سالته بصريح الطلاق فاجابها
بكنايته والحال الثالثة ان لا يريد به طلاقا ولا فسخا فلا تقع به الفرقة ولا يتعلق به حكم
والله اعلم **مسلة** قال الشافعي ولو قالت له اخلعني على الف كان له الالف
ما لم يتناكرا وقد ذكرنا ان الخلع عقد معاوضة كالبيع يتنزل الزوج فيه منزلة
البائع والزوجة منزلة المشتري ويكون العوض فيه كالثمن فلم يكن بد من ان يكون
العوض معلوم القدر والجنس والصفة تنتفي عنه الجهالة كالاثمان واذا
كان كذلك فصورة مسالتنا في امراة خالعت زوجها على الف فقال الشافعي كانت له
الالف ما لم يتناكرا فتعلق من اطلاق هذه الالف قدا استعبد بها معرفة القدر
ونفي الجنس والصفة فلا يخلو حالهما فيها من ثلثة اقسام احدها ان يذكر الجنس
والصفة فيقولا الف درهم راضية فيستفاد بذكر الدراهم الجنس ويستفاد بذكر
الراضية الصفة فيصير بهذا العوض معلوم القدر والجنس والصفة فعلى
هذا ان تناكرا الصفة مع اتفاقهما في القدر والجنس فقال الزوج هي راضية
وقالت الزوجة هي سلابية واختلفا وانه لو احدهما تخالفا كما يتخالف المتبايعان
اذا اختلفا فلو كانت فيه الراضية كمن السلابية استحلفا ولم يمنع تساوي قيمتهما
من تخالفهما لانه قد يكون في احد العوضين غرض وان لم يختص بزيادة قيمته وان اختلفا
في الجنس فقال الزوج الف دينار وقالت الزوجة الف درهم تحالفا ايضا وحكم للزوج
بعد تحالفهما بمهر المثل لان البضع قد صار مستهلكا بالطلاق المطلوب
ولا يستحق الزوج قيمته وقيمته مهر المثل وجرى مجرى تحالف المتبايعين

في البيع بعد استهلاك المشتري للسلعة فالقول قوله منهما وإن اختلفا في القدر
فقال الزوج على ألف وقالت الزوجة على مائتين تحالفا ورجع الزوج عليها
بعد التحالف بمهر المثل قليلا كان أو كثيرا فهذا قسم والقسم الثاني أن يذكر
الجنس ويغفلا ذكر الصفة فيتفقا على ألف درهم مستطرفا وكان للبلد نقد غالب
الدراهم انصرف إطلاق الجنس إلى الأغلب من دراهم البلد لأنه عرف يحمل المخالف
عليه كما يقول فيمن باع عبدا بألف درهم لم يصفها أنها تكون من غالب دراهم البلد
فلو كان للبلد أنواع من الدراهم وليس أحدها بأغلب من غيره بطل البيع
ونفذ الخلع لأنه لم يوجد عرف يحمل المطلق عليه وإذا حمل إطلاق الدراهم
على الأغلب من دراهم البلد فاختلفا في الجنس أو القدر تحالفا وكذلك لو اختلفا
في الإطلاق فادعاه أحدهما ليلحق به الأغلب من دراهم البلد وادعى
الآخر تعينه بصفة من دراهم غيرها تحالفا وحكم له بمهر المثل من غالب
نقود المهر والقسم الثالث أن لا يذكرا بعد العدد جنسا ولا صفة فيتفقا
على الألف ويقولا إنا من أي شيء نعلم هذا أحدهما أن يكونا قد أثبتا الجنس
وصفته وقد تقدم بينهما قبل العقد فحملا على ذلك لأنه معلوم عندهما وإن لم يحصل
عقد عليهما فإن اختلفا في ذلك تحالفا على ما مضى والضرب الثاني أن لا يشيرا
بذلك إلى شيء من الأجناس فهذا خلع فاسد يقع فيه الطلاق بائنا ويرجع به
الزوج بمهر المثل لأن إطلاق العقد بينا وذلك جنس من دراهم ودنانير وثياب
وعبيد فصار العوض مجهولا فبطل ولم يبطل الخلع لأن استهلاك البضع فيه بالطلاق
فأوجب مهر المثل لأنه عوض بدل فاسد فإن قيل فهلا حملتم إطلاق الألف على
الأغلب مما يتعامل به أهل البلد وهو الدراهم كما حملتم إطلاق الدراهم على
الأغلب من دراهم البلد قيل لأنه إذا لم يذكر الجنس كثرت فيه الجهالة
فبطل وإذا ذكر الجنس قلت فيه الجهالة فصح فصل فإذا اختلفا وهذا

القسم مفرع على ضربين أحدهما أن يدعي إطلاق الألف ويدعي الآخر تعيينها بذكر
الجنس فإنهما يتحالفان لأن مدعي إطلاق الألف يدعي مهر المثل ومدعي ذكر
الجنس يدعيها من ذلك الجنس فيتحالفان ومدعي مثل هذا في البيع لا يوجب
التحالف لأن أحد المتبايعين لو قال بعتك هذا العبد بألف لم نسمها وقال
الآخر بل بألف سميناها وذكرنا جنسها فلا تحالف بينهما ويكون القول قول
من أنكر ذكر الجنس لأنه يدعي فساد العقد والآخر يدعي صحته وإذا اختلفا في صحة البيع
وفساده فالقول قول من ادعى فساده دون صحته لأنه منكر للعقد وليس كذلك الخلع
لأن الطلاق يقع في صحيحه وفاسده والضرب الثاني أن لا يدعي أحدهما
ذكر الجنس ذكرا يقول أحدهما أردنا الفلوس ويقول الآخر لم نرده أو يقول أحدهما
أردنا الدراهم ويقول الآخر أردنا الدنانير ففي جواز تحالفهما فيه وجهان أحدهما
لا يجوز لأن ضمائر القلوب لا تعلم إلا بالقول والوجه الثاني يجوز تحالفهما لأنه
قد يلوح بينهما من أمارات الأحوال ما يدل على ضمائر القلوب كالأقوال والله أعلم
مسألة قال الشافعي ولو قالت على ألف ضمنها لك غيري أو على ألف فلس
وأنكر تحالفا وكان عليها مهر مثلها قال الماوردي وهاتان مسألتان أحدهما
أن تقول الزوجة خالعتك على ألف فلس ويقول الزوج بل خالعتك على ألف درهم
فقد اتفقا على الخلع واختلفا في العوض فيتحالفان ويقع طلاقه بائنا ويحكم
له عليها بمهر المثل على ما مضى وما أجاب به الشافعي من تحالفهما فيها صحيح
وأما المسألة الثانية فهو أن يقول الزوج خالعتك على ألف درهم عليك فتقول خالعتني
على ألف درهم ضمنها لك غيري فهذا على ثلاثة أقسام أحدها أن تقول الزوجة قد
خالعتك عليها لكن ضمنها لك فلان عني فالخلع لازم لها لأن الضمان زيادة وثيقة
لا يبرأ به المضمون عنه وله مطالبته بالألف لصاحب الحق مطالبة المضمون عنه
ولا يكون الضمان مانعا من مطالبته فهذا القسم مما الخلع فيه على ما سامه.

ولا يتنافى وله مراد الشافعي والقسم الثاني أن يقول خالعتني على ألف درهم في ذمة
في ذمة غيري ويقول الزوج بل خالعتك على ألف درهم في ذمتك فهذا
أشبه القسم على الخلع وحكمهما في الفقه أن الزوج يدعي أنها الألف في ذمتها
والزوجة تدعي أنها المطالبة في ذمة غيرها وما في ذمتها غير ما في ذمة غيرها
وإن كان الجميع ملكها فصار ذلك كالاختلاف في جنس العوض فيقول الزوج خالعتك
على هذا العبد ويقول الزوجة بل خالعتني على هذا العبد الآخر فيتحالفان كذلك
هاهنا يتحالفان لأن اختلاف الذمتين كاختلاف العينين ويكون له مهر المثل
في ذمتها ويجوز أن يكون هذا القسم هو الذي أراده الشافعي والقسم الثالث أن
يقول الزوج خالعتك على ألف درهم ويقول الزوجة بل خالعك والتزم غيري على ألف درهم
عليه في هذه مسألة أن يكون خالعته بشيء وعقده على غيرها بأنه خالع الزوج عنها
فلا تحالف بينهما لأنها منكرة للعقد والتحالف إنما يكون مع الاعتراف بالعقد والاختلاف
في صفته فيكون القول قولها مع يمينها ولا شيء عليها ولا يقبل قولها على الغير بأنه
خالع الزوج عنها ويقع طلاق الزوج بائنا لأنه معترف بأنها قد بانت منه بالألف وقد
استحقها بأن قبل وادعى له الألف فجحد ويدعي أن لا يلزمه الطلاق إلا بقول
قالوا دعا أنه باع عبده على زيد بألف وأنكره زيد لم يزل ملكه عنه وإن اعترف
ببيعه على زيد لأن الثمن لم يحصل له بجحود زيد قيل الفرق بينهما أن البيع لا ينفك عن
الثمن وإذا لم يحصل له الثمن لا يلزمه البيع والطلاق قد ينفك عن العوض فجاز
أن يلزمه الطلاق وإن لم يحصل له العوض فهذه ثلاثة أقسام تختلف أحكامها
في التحالف والعوض ففي القسم الأول لا يتحالفان فيه ولا يستحق فيه العوض ما ادعاه
مما ذكره الشافعي من التحالف والقسم الثاني يتحالفان فيه ويستحق فيه مهر المثل
ويدخل فيما ذكره الشافعي من التحالف والقسم الثالث لا يتحالفان فيه ولا يستحق
فيه العوض ولا يدخل فيما ذكره الشافعي من التحالف والله أعلم. مسألة

قال الشافعي ولو قالت له طلقني على ألف درهم فقال أنت طالق على ألف إن
شئت فلها المشيئة وقت الخيار. هذه المسألة تشتمل على سؤالين وجوابين
فالسؤالان أحدهما قول المرأة طلقني على ألف والثاني قول الرجل إن شئت
وأما الجوابان فأحدهما قول الرجل أنت طالق على ألف والثاني قول المرأة قد
شئت فإذا بدأت المرأة بالطلب فقالت طلقني على ألف درهم فأتبعه جوابا في الحال
فقال أنت طالق على ألف تم الخلع بسؤال واحد وجواب واحد وصار سؤالها
طلبا وجوابه إيجابا فتم الخلع ولم تحتج المرأة إلى القبول بعد الإيجاب وإن لم
يتعجل جواب التعجيل بالطلاق لها حتى تراخى خرج طلاقه عن حكم الإيجاب وصار
بدلا وكأنه ابتداء من غير طلب منها فقال لها أنت طالق على ألف فلا يتم الخلع
حينئذ حتى يقول الزوجة في الحال قد قبلت فيتم الخلع بالبذل والقبول لأن
تراخي جواب الزوج عن طلب الزوجة يخرجه من حكم الإيجاب المبني على الفور بعد
الطلب ويجعله في حكم البذل المبتدأ فأما إن قيد الزوج جوابه بشرط وهي مسألة
الكتاب فقال عقيب قولها طلقني على ألف أنت طالق على ألف إن شئت فتمام الخلع
أن يوجد منها شرط الطلاق فتقول قد شئت والمنع وقوع الخلع بهذا الشرط
وإن كان من عقود المعاوضات تغليبا لحكم الطلاق المعلق بالصفات والشروط
وإذا كان كذلك فمشيئتها وإن كانت بالقلب فلا تعلم إلا بقولها قد شئت فإذا
قالت قد شئت صار القول مشيئة منها وإن كان إخبارا عنها ومن شروط المشيئة
أن تكون على الفور لأنها صنو القبول لا بد له وقد قال الشافعي فلها المشيئة في
وقت الخيار فاختلف أصحابنا في معنى قوله وقت الخيار على وجهين أحدهما
وهو قول البصريين أنه أراد خيار القبول بعد البذل فعلى هذا من صحة
مشيئتها أن تكون على الفور من غير مهلة والوجه الثاني وهو قول البغداديين
أنه أراد خيار الجواب بعد السؤال وهو أن يشاء في المجلس قبل تطاول الزمان

وبعده وقبل اخذها في غيره وان كان بينهما مهلة يسيرة كما يكون في العوض جوابا
للسؤال وعلى كلى الوجهين ان تراخى زمان بينهما لم يصح وقال ابو حنيفة خيارها
في المشيئة ممتد على التراخي واصله اختلافنا واياه اذا قال لها اختاري نفسك
بعده ان خيارها ممتد وعندنا ان خيارها مقصور على الفور والكلام يأتي في

فصل ولو قالت له طلقني بالف فقال انت طالق على الف ان كنت حاملا
فان كانت حايلا فلا طلاق عليها وان كانت حاملا وقع الطلاق بائنا وكان لها
مهر المثل لان الطلاق والخلع عقد معاوضة لا يصح تعليقه بصفة
فلذلك بطل المسمى فيه بطلانه ووجب مهر المثل ولا حكم لظهور الحمل
الا بعد وضعها لتعلم به مقدار حملها لانه قد يجوز ان يكون غلطا او ريحا وفي
تحريم وطيها عليه في حال الحمل وقبل الوضع وجهان ويأتي **مسلة** قال
الشافعي وان اعطته اياها في وقت الخيار لزمه الطلاق وسواء هرب الزوج
او غاب حتى مضى وقت الخيار او ابطان هي بالالف فاذا الكلام الذي نقله المزني هاهنا
عن ان معنى مشهور لا يستقل بنفسه وقد احلنا بمحاوبته فمال بعضهم بصو
عطفه على المسلة التي قبلها اذا قالت له طلقني على الف فقال انت طالق على
الف ان شئت فاذا شاءت في وقت الخيار في الفور لزمه سوا اعطته الالف
في وقت الخيار او اخرتها لهرب الزوج او لابطائها لان العطية ليست شرطا
في القبول فيراعى فيها الفور وقال الاكثرون من اصحابنا بل هي مسلة
مبتداة اغفل المزني ذكرها ونقل جوابها وقد نقلها الربيع في باب الام وذكر
فيها هذا الجواب وصورتها ان يقول الرجل لامرأته ان اعطيتني الفا فانت
طالق فان اعطته في وقت الخيار عاجلا وقع الطلاق وان اخرت دفع الالف
اما بسبب من جهة الزوج بان غاب او هرب واما بسبب من جهتها بان ابطات
لعذر او غير عذر لم يقع الطلاق لان دفع الالف قد صار شرطا في الخلع

فروعي فيه الفور كالقبول لكن الفور فيه معتبر بحال الجواب يجوز ان يكون
بينهما مهلة يسيرة وجها واحدا بخلاف المشيئة في احد الوجهين لان هذا
فعل والمشيئة قول وزمان الفعل اوسع من زمان القول ثم قد نقل الربيع
في الام بعد هذه المسلة والتي تليها مسلة ثالثة اغفلها المزني هاهنا وهو ان
يقول الزوج ان ضمنت لي الفا فانت طالق فان ضمنتها على الفور في الحال طلقت
سواء دفعتها في الحال او اخرتها وان لم تضمنها على الفور حتى تراخى الوقت لم
تطلق سواء دفعتها في الحال او اخرتها لان شرط الخلع هو الضمان دون الدفع
فلذلك روعي تعجيل الضمان ولم يراع تعجيل الدفع والفور هاهنا معتبر بفور
القبول بعد البذل وجها واحدا بخلاف المشيئة في احد الوجهين لانها وان
كانا معا بالقول فالضمان قول محض فساواه والمشيئة جارية مجراه فصار تحرير هذه
المسايل الثلث انه متى علق الخلع بدفع الالف روعي فيه حال الجواب يجوز ان
بعد مهلة يسيرة وان علق بالمشيئة فعلى الوجهين احدهما يراعى فيه حال
القبول كالضمان **فصل** فاما ان اطلق حرف الشرط بان واذا فانهما معا حرفا
شرط وهما على ثلثة اضرب احدها ان يكون ذلك في خلع يستحق فيه العوض فيقول
لها انت طالق على الف اذا شئت فيهما سوا في تعتبر وجود المشيئة منهما على الفور
في ان واذا لان دخول العوض فيه جعله تمليكا يراعى فيه حكم القبول فاستوى حكم ان
واذا باعتبار الفور فيهما فان تراخا الفور في احدهما بطل والضرب الثاني ان
يكون بغير خلع وبغير عوض وان قال لها انت طالق ان شئت روعي مشيتها
على الفور وان تراخت بطلت ولم تطلق وان قال انت طالق اذا شئت صحت مشيتها
على التراخي فمتى شاءت طلقت لانها وان كانا حرفي شرط في الوقت لا يختص ان يقال
ان يأتي اتيك والحسن ان يقال اذا يأتي اتيك فلما كانت ان شرطا في الفعل وهو
مقصود روعي تعجيله فصار على الفور ولما كانت اذا شرطا في الوقت وكان جميعه
مساويا صار على التراخي والضرب الثالث ان يدخل معهما حرف النفي فيكون حكمهما
بضد ما تقدم مثاله ان يقول ان لم تأتي فانت طالق ومطلوق على التراخي

ثم تبين انه لم تطلق ولو قال اذا لم تشاي فانت طالق فيكون ذلك على الفور
فان شات في الحال لم تطلق وان لم تشا حتى تراخى الزمان طلقت لكن لم
تشا لانهما وان كانا حرفي شرط فان موضع للشك والتوهم فصارت ان
التي بمعنى التراخي بفوات الفعل نفيا ولذلك حملت على التراخي وليس كذلك
اذا لانها موضوعة على اليقين فاذا اخر الفعل عن وقت امكانه فقد خالف
موضوعه فلذلك صار على الفور **مسئله** فان قالت نعم ولو قال
انت طالق ان اعطيتني الف درهم فاعطته اياها زائده بقليه طلقت لانها اعطته
الفا وزياده وهذا صحيح اذا قال ان اعطيتني الف درهم فانت طالق فقد ذكرنا ان
اعطته الالف تكون على الفورية وقت الخيار وهو هاهنا الجواب لاختلاف القول فاذا
اعطته الالف لم يخل حالها من ثلثة اقسام احدها ان تعطيه الفا كامله من غير زياده
ولا نقصان فقد طلقت واحده ثم يرد الزوج بقوله انت طالق اكثر منها وسوا
دفعت الالف اليه دفعة واحده او في دفعات اذا كان دفع جميعها في وقت الخيار
لان دفع الالف قد وجد مع الافتراق والقسم الثاني ان تدفع اليه اكثر من الف
كانها دفعت اليه الفين فانه دفعت الزياده معوزه طلقت اجماعا وان دفعت
الزياده مع الالف فقد ذهب بعض اهل العراق انها لا تطلق وتكون الزياده بمنزله
نقص الشرط كالنقصان ولانه لو قال ان قد بعتك داري بالف فقد اشترتها
بالفين لم يصح وان كانت الالف داخله فيها فكذلك في الطلاق وهذا خطا لان
وجود الصفه مع الزياده لا يمنع من ثبوت حكمها من غير زياده فلو اعطته الفا
وعبدا طلقت ولا يمنع زياده العبد من وقوع الطلاق لوجود الالف كذلك
لا يمنع الزياده على الالف من وقوع الطلاق لوجود الالف فاما النقصان فلا يقع
به الطلاق لعدم الالف فاما الجواب عن البيع فالفرق بينهما ان الطلاق
معلق بصفه فلم يمنع الزياده عليها من ثبوت حكمها والبيع معاوضه تم بالقول
الموافق للبذل وافترقا فاذا افترقا ووقع الطلاق مع دفع الزياده
ملكها الزوج بالزياده ولا يملكها الزوج بالاخذ وان ملك الالف الا ان

يصرح بالهبه فيملكها بالهبه ويملك الالف بالخلع والقسم الثالث ان تدفع اليه
اقل من الف درهم فهذا على ضربين احدها ان يكون نقصانها في العدد دون
الوزن كانها دفعت اليه الف درهم وازنه عددها اقل من الف فالطلاق واقع
لان اطلاق الدراهم يتناول الوازنه دون المعدوده شرعا كالزكاه وعرفا كالبيع
الصفه موجوده بكمال الوزن مع نقصان العدد فلذلك وقع الطلاق والضرب
الثاني ان يكون ناقصه الوزن كامله العدد فلا طلاق لان الصفه لم تكمل
شرعا ولا عرفا الا ان يكون ذلك في بلد جرت عادة اهله ان يتعاملوا فيه
بالدراهم عددا لا وزنا فيقع الطلاق بكمال العدد مع نقصان الوزن تغليبا للعرف
دون الشرع والاطلاق في هذا العرف بنقصان العدد مع كمال الوزن **مسئله**
فان قالت نعم ولو اعطته اياها رديه فان كانت فضه يقع عليها اسم دراهم لم تطلق
وهذا صحيح اذا قال لها ان اعطيتني الف درهم فانت طالق فهذا على ضربين احدهما
ان يعين تلك الالف فيقول ان اعطيتني هذه الالف فانت طالق فلا يقع الطلاق
الا بدفعها فان اعطته غيرها لم تطلق وان كانت مثلها او اجود لعدم
الشرط في دفع غيرها والضرب الثاني ان لا يعين الالف فهذا على ضربين
احدهما ان يصف الالف والثاني ان لا يصفها فان وصفها فان دفعها على
تلك الصفه شرطا في وقوع طلاقها وان دفعتها على غير تلك الصفه لم تطلق
سوا كان ما دفعته من غالب دراهم البلد او من غيرها اذا لم يوجد تلك الصفه
فيها ثم اذا دفعتها على تلك الصفه ملكها والضرب الثاني ان لا يصف الالف فهذا
على ضربين احدها ان يكون للبلد نقد غالب من الدراهم فيصير نقد البلد كالصفه المشروطه
فان دفعت اليه من غير نقد البلد لم تطلق وان كان اسم الدراهم عليها منطلقا لانه
لما كان نقد البلد كالصفه المشروطه في العقود كذلك في الطلاق
فعلى هذا ان دفعت اليه من نقد البلد طلقت وملكها وان دفعت اليه من غير
نقد البلد لم تطلق ولم يملكها والوجه الثاني يعينه ما انطلق اسم الدراهم عليه

اسم الدراهم عليه تعلقاً بالحقيقة الاسم دون العرف فان دفعت اليه من غالب دراهم
البلد طلقت وملك تلك الدراهم وان دفعت من غير دراهم البلد طلقت وان
لم يملك تلك الدراهم لانه يملكها بعقد فاعتبر فيها العرف من غالب دراهم البلد واعتبر
في الطلاق ما يقع عليه اسم الطلاق وكان لمعطيها الف من غالب دراهم البلد
لانها ملكت بمعاوضة فاعتبر فيها غالب الدراهم والضرب الثاني ان يكون للبلد نقود
مختلفة وليس لاحدهما بالغلبة مزية فاي دراهم دفعتها اليه مما ينطلق اسم الدراهم
عليها طلقت بها ولم يملكها الزوج وكان لمعطيها مهر مثلها قولا واحدا لانه ليس العوض
معينا ولا موصوفا ولا فيه نقد غالب يحمل عليه **فصل** فاذا تقرر ما
وصفنا من هذا التفصيل وطلقنا على الف درهم دفعتها اليه وطلقت بها
وملكها في الظاهر على ما شرحناه ثم بان له ان الدراهم ردية معيبة فعلى هذا هو على ضربين
احدهما ان يكون الالف معيبة فلا يخلو عيبها ان يخرجها من جنس الفضة او لا يخرجها
فان اخرجها من جنس الفضة فكانت نحاسا او رصاصا لم يقع الطلاق لانه قد علق وقوع
الطلاق بدفعها ان يكون من دراهم الفضة فاذا لم توجد هذه الصفة فيها لم يقع
الطلاق لعدم الصفة وان كانت من جنس الفضة وقع الطلاق لوجود الصفة وهو
لاجل العيب بالخيار بين المقام او الرد فان اقام لم يرجع بارشها وان ردها فبماذا
يرجع على قولين احدهما ان يكون الالف غير معيبة فعلى هذا من ... ان يكون
عيبها لا يخرجها عن جنس الفضة وانما هي من رديء الفضة وخشنها لرداءة معدنها
فالطلاق ههنا قد وقع وهو بالخيار بين ان يسمح بعيبها كما يسمح بعيب المبيع
وبين ان يردها ويرجع بمثلها على جيد الفضة غير معيبة ولا يرجع بمهر المثل
قولا واحدا لان حقه في الف درهم غير معيبة والضرب الثاني ان يكون عيبها
وزنا انها تخرجها من جنس الفضة لما فيها من رصاص او غيره فالطلاق ههنا
غير واقع لانه جعل طلاقها مشروطا بالف درهم بدفعها اليه وهذه لما فيها
من الغش اقل من الف فلم تطلق لنقصان الفضة فلو دفعت اليه

اكثر من الف درهم وفيها من الفضة الف درهم طلقت لوجود الصفة وزيادة الغش له
بدلها ان شاء فان قيل فعلى هذا لو دفعت اليه الف درهم فضة نقرة ينبغي على
هذا التعليل ان تطلق فلم لا تطلق بالفضة النقرة وان طلقت بالفضة
في الدراهم المغشوشة قيل لانطلاق اسم الدراهم عليها اذا كان فيها فضة وافترقا في
الحكم لافتراقهما في الاسم **مسئلة** قال الشافعي رضي الله عنه ولو قال متى اعطيتني
او متى ما اعطيتني الفا فانت طالق فذلك لها وليس له ان يمنع من اخذها ولا لها
اذا اعطته ان ترجع فيها وهذا كما قال اذا قال لها متى اعطيتني الفا فانت طالق
او متى ما اعطيتني الفا فانت طالق ومتى ما اعطيتني الفا فانت طالق فهما سواء
لان ما حرف صلة تدخل في الكلام للتأكيد ولا تفيد نفيا ولا اثباتا كقوله تعالى
فبما رحمة من الله لنت لهم اي فبرحمة من الله واذا كان كذلك فاي وقت اعطته الالف
طلقت على الفور وعلى التراخي لان متى حرف وضع للتراخي في الاوقات وهكذا
لو قال اي وقت اعطيتني الفا او في اي حين او في اي زمان اعطيتني الفا فانت طالق
فهو على التراخي متى اعطته الالف طلقت لا تختص بوقت دون وقت ولا بالفور دون
التراخي لان هذه الحروف كلها تختص بالزمان فعمت جميع الازمان فان قيل فليس لو
قال ان اعطيتني الفا او قال اذا اعطيتني الفا فانت طالق انه يكون على الفور وان
اختلف حكمهما واذا انتهى الشرط لانه اقترن العوض فهما سوى بين حكمهما في الفور
تغليبا لحكم العوض الذي يقتضي الفور فهلا كان قوله متى اعطيتني الفا محمولا
على الفور وان كان موضوعا للتراخي تغليبا لحكم العوض قيل الفرق بينهما ان ان
واذا حروف شرط لا تختص بالزمان ومتى من حروف الزمان الذي يعم جميعه
حقيقة والعوض يختص بالفور من طريق الاستدلال لا من طريق الحقيقة فاذا اقترن
بحروف الشرط حمل على مقتضاه من الفور وان كان بالاستدلال لانه لم يعارضه
ما ينافيه واذا اقترن بحروف الزمان الموجب للتراخي حمل على التراخي لان ما اوجب التراخي
من طريق الحقيقة غير محتمل وما اوجب الفور من طريق الاستدلال محتمل

نقول في القصاص انه تخص العموم لانه محتمل ولا تخص النص لانه غير محتمل فاذا ادخل
على سبيل حرف النفي فقال متى لم تعطني الفا فانت طالق اقتضى ذلك الفور دون التراخي
متى جاء زمان يمكنها دفع الالف فيه فلم تدفعها طلقت والفرق بينهما هو ان متى مختص
بالزمان فاذا اقترن به الاثبات صار تقديره متى جاء زمان اعطيتني فيه الفا
فانت طالق فاذا اعطته بعد تراخي الزمان فقد جاء زمان دفعت فيه الالف
فطلقت واما اذا اقترن به حرف النفي صار تقديره متى جاء زمان لم تدفعي فيه الفا
فانت طالق فاذا امضى زمان الممكن فقد جاء زمان يمكنها دفع الالف فيه فطلقت

فصل فاذا انعقد ما وصفنا فليس للزوج بعد انعقاد الطلاق على
هذه الصفة ان يبطلها ولا ان يرجع فيها وان كان فيه معنى العوض لانه تغلب عليها
حكم الطلاق بالصفة دون المعاوضة كما لو قال لها اذا دخلت الدار فانت
طالق لم يكن له ابطال ما علقه من الطلاق بدخول الدار وانما غلبت حكم الطلاق
بالصفة على حكم المعاوضة لانه لو جن او اغمي عليه لم يبطل ولو كان حكم
المعاوضة اغلب لبطل كما يبطل به بذل البيع قبل القبول واما الزوجة فليس
عليها دفع الالف وهي في دفعها بالخيار لامرين احدهما انه موقع لطلاقها وليس
عليها فعل ما اوقع طلاقها كما لو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق لم يلزمها دخول
الدار لتطلق والثاني انه مبذول بمعاوضة فلم يجب عليها قبول البيع واذا كانت
بالخيار فمتى اعطته الالف واخذها طلقت وان اعطته فلم ياخذها فان كان لتعذر
اخذها عليه اما لغيبة او حبس او جنون لم تطلق لان الاعطا قد وجد وهو التمكين من
الاخذ بفعل المعطي وان لم يقترن به الاخذ الا ترى انهم يقولون اعطاني فلم اخذ منه
ثم اذا طلقت باعطا الالف قبل اخذها فقد استحق الالف وان لم ياخذها لانها
في مقابلة ما ملكته من الطلاق وليس لها ان تمنعه منها بعد وقوع الطلاق عليها
وهل يتعين استحقاقه لتلك الالف ام لا فيه وجهان احدهما انه يتعين باستحقاقه
لها لتعين الطلاق بها فان ارادت دفع غيرها لم تجز والوجه الثاني انه

لم يتعين استحقاقه لها وان طلقت بها لان استحقاق العين اما ان يكون لتعينها بالعقد
او بالقبض ولم يوجد واحد منهما في هذه الالف فكانت بالخيار في دفعها او دفع
الالف مثلها

فصل ولو قال انت طالق اذ اعطيتني الفا طلقت في الحال
لانه مقر بها اعطته الفا على طلاقها لان اذ تختص بماضي الزمان دون مستقبله
واذا تختص بمستقبل الزمان دون ماضيه فان انكرته ذلك وطالبته بالالف
لزمه ردها لانه مقر بقبضها ومدع استحقاقها فلزمه اقراره ولم يقبل منه دعواه
ووقع طلاقه بائنا وان رد الالف فهو مقر به وهكذا لو قال انت طالق ان
اعطيتني الفا بفتح الالف طلقت في الحال لان تقدير الكلام انت طالق لان اعطيتني
الفا ولان المفتوحة لماضي الزمان دون مستقبله وان بالكسر لمستقبل الزمان دون
ماضيه والفرق بينهما كالفرق بين اذ واذا فان طالبته بالالف عند انكارها الخلع
لزمه ردها لاعترافه باخذها وله احلافها على انكارها والله الموفق

مسئلة

قال الشافعي ولو قالت له طلقني ثلثا ولك الف درهم فطلقها واحدة استحق ثلث الالف
وان طلقها ثلثا فله الالف وهذا صحيح اذا قالت له طلقني ثلثا بالف فان طلقها
ثلثا فله جميع الالف وان طلقها واحدة كان له ثلث الالف لان الالف جعلت عوضا
على مقابلة ثلثة اعداد متساوية متقسطة عليها وكان قسط كل واحدة منها
ثلث الالف فاقتضى ان يستحق بكل طلقة منها ثلث الالف كما لو ابق له ثلثة اعبد
فقال من جاءني بهم فله دينار فجاء بواحد منهم لزمه ثلث الدينار لان الدينار في مقابلة
ثلثة اعداد متساوية متقسطة عليهم اثلاثا متساوية فان قيل اذا ليس لو قال
لها ان اعطيتني الفا فانت طالق ثلثا فاعطته ثلث الالف لم تطلق بها واحدة
وان لم يستحق ثلث الالف فهلا كان في مسئلتنا اذا طلقها واحدة لم يستحق ثلث الالف
قيل الفرق بينهما ان المغلب في الخلع من جهة الزوجة حكم المعاوضة فجاز ان
يتقسط العوض على اعداد المعوض والمغلب فيه من جهة الزوج حكم الطلاق

بالصفه والصفه اذا استعقبت لم يتبعض ما علق بها من الطلاق والابيع الاجمالها
فما لو قال لها اذا دخلت الدار ثلثا فانت طالق ثلثا فدخلتها مره لم تطلق
حتى يسهل دخولها ثلثا فتطلق ثلثا فصح الفرق بينهما واستحق بالطلقه الواحده ثلث
الالف لانه قد ملكها ثلث ما سالت واستحق عليها ثلث ما بذلت وهكذا لو طلقها طلقتين
استحق بهما ثلثي الالف لانه قد ملكها ثلثي ما سالت فاستحق عليها ثلثي ما بذلت فلو طلقها
واحده ونصف طلقت تطليقتين لان الطلاق لا يتبعض وفي قدر ما يستحقه من الالف
وجهان احدهما ثلثا الالف لانها قد طلقت طلقتين من ثلث والوجه الثاني نصف الالف
لانه قد اوقع عليها نصف الثلث وانما كمل بالشرع لا بفعله فصل
ولو قالت له طلقني ثلثا بالف فقال انت طالق وطالق ثم طالق وقال نويت ان يكون
الالف في مقابلة الثلث طلقت الاولى وحدها وكان له ثلث الالف ولم تقع الثانيه
والثالثه لانها اذا حصلت الاولى فقد بانت من الانفصال بخلعه فلا يلحقها طلاق
والله اعلم مسئله قال الشافعي ولو لم يبق عليها الا طلقه فطلقها واحده
كانت له الالف لانها قامت مقام الثلث في انها تحرم حتى تنكح زوجا غيره قال
المزني الفصل الى اخره وصورتها في رجل طلق زوجته طلقتين وبقيت له عليها
واحده فقالت له طلقني ثلثا بالف فقال لها انت طالق واحده او قال انت
طالق الثلث او قال انت طالق ثلثا بالف فكذلك كله سوا وانت طالق ثلثا
الا واحده لان الباقي له عليها طلقه واحده قال الشافعي كانت له
هذه الطلقه الواحده جميع الالف ثم علل الشافعي في استحقاقه جميع الالف
بان هذه الطلقه الواحده قد قامت مقام الثلث في انها تحرم حتى تنكح زوجا
غيره فصار لها هذه الطلقه الواحده مقصودها بالطلاق الثلث
وهو التحريم التي لا تحل الا بعد زوج فاستحق بها ما يستحقه بالثلث وهو
جميع الالف فاعترض المزني على الشافعي فقال ينبغي ان لا يستحق

الا ثلث الالف لان قياس قوله ما حرمها الا الاولتان مع الثالثه فلم يكن
في قوله الا القدحان مع الثالث وكما لو نعم الاعور المفقو عينه الباقيه الا الفقو
الاول مع الفقو الاخر وانه ليس على الجاني في الاخر عنده الا نصف الديه كذلك
يلزمه ان يقول لم تحرم عليه حتى تنكح زوجا غيره الا الاوليان مع الثالث
فليس عليها الا ثلث الالف بالطلقه الثالثه واختلف اصحابنا في هذا الاعتراض
على ثلثه مذاهب احدها ان الحكم على ما قاله المزني من انه لا يستحق بالثالثه
الا ثلث الالف سوا علمت ان الباقي عليها طلقه ام لم تعلم تعليلا بما استشهد
به المزني من حال السكر بالقدح الثالث انه يكون به وبالاولين وبفقو عين الاعور
انه يكون ذهاب البصر بالفقو الثاني مع الاول والوجه الثاني ان جواب
الشافعي صحيح على ظاهره وان له جميع الالف بالطلقه الثالثه تعليلا بما ذكره من
حصول التحريم بها لحصوله بالثلث سوا علمت ان الباقي عليها طلقه ام لم تعلم
وانفصلوا عن استشهاد المزني بالسكر والفقو بان كل واحد من الاقداح
الثلث اثر في مبادي السكر بالاول وتوسطه بالثاني وكماله بالثالث
وكذلك الفقو الاول قد اثر في ضعف النظر وقلة البصر ثم ذهب بالثاني وليس
كذلك حال الطلقتين الاولتين لانه لم يتعلق بهما شي من تحريم الثلث وكانت تحل بالرجعه
بعدهما كما كانت قبلهما ثم وقعت الثالثه فتعلق بها جميع التحريم فصار ما استشهد به
منافيا للطلاق والوجه الثالث هو قول ابي العباس بن سريج وابي اسحق المروزي
ان جواب الشافعي مفروض على ان الزوجه علمت ان الباقي لها عليها طلقه واحده
فصار قولها طلقني ثلثا بالف وهو لا يملك ثلثا محمولا على انها ارادت الثلث ولذلك
كان له جميع الالف ولو لم تعلم ان الباقي له طلقه واحده وظنت انه يملك عليها
ثلث طلقات لم يكن له الا ثلث الالف لانها لم تبذل الالف الا في مقابله الثلث
فعلى هذا لو اختلف الزوجان فقال الزوج قد علمت ان الباقي لي عليك طلقه

على جميع الالف وقال الزوج بل طلقتك اذ سالتك الثلث ولم اعلم ان الباقي لك
تطليقة فليس لك الا الثلث ما تحالفا فان ذا حكم له بعد التحالف بمهر المثل لان
هذا اختلاف فيما يخص العوض بين تنوع الاختلاف على هذه الواحدة بثلث الالف
وهو يقول بجميع الالف فلذلك وجب التحالف والرجوع الى مهر المثل وعلى
هذا لو كان قد طلقها واحدة ثم بعث معه على اثنين فقالت طلقني ثلثا بالف
فطلقها طلقتين استحق ان علمت جميع الالف وان جهلت ثلثي الالف ولو طلقها
واحدة استحق ان علمت نصف الالف وان جهلت ثلث الالف **مسئلة**
قال ان نعم ولو قالت له طلقني واحدة بالف فطلقها ثلثا كانت له الالف
وكان متطوعا بالاثنين وهذا صحيح لان الطلقة التي سالتها داخلة
في الثلث التي اوقعها فوجب ان يستحق عليها الالف التي بذلتها وانه متطوع
بالزيادة عليها كما لو قال له احملني بعيري الى بلد فحمله بعيرين استحق
الدينار وان يتطوع بحمله بالعيد الاخر **فصل** وان قالت طلقني
عشرا بالف فطلقها واحدة فيما يستحقه عليها وجهان احدهما عشر الالف وان
لم تجز الطلاق عشرا لانها جعلت له في كل طلقة عشر الالف والوجه الثاني له
ثلث الالف لان ما زاد على الثلث من الطلاق لغوا لا يتعلق بحكم ولو طلقها طلقتين
كان له على الوجه الاول من الالف عشرها وعلى الوجه الثاني ثلثاها ولو طلقها
ثلثا كان له على الوجه الاول ثلثة اعشار الالف وعلى الوجه الثاني جميع الالف
مسئلة ولو بقيت له عليها طلقة فقالت طلقني ثلثا بالف واحدة احرم
بها واثنتين ان نكحني بعد زوج قبلي فهي مثلها اذا طلقها وصورتها في رجل
طلق زوجته طلقتين وبقيت له عليها واحدة فقالت له طلقني ثلثا بالف
واحدة احرم بها عليك في هذا النكاح واثنتان احرم بها عليك اذا نكحتني نكاحا
ثانيا بالخلع في الطلاق المستقبل باطل لثلثة معان احدها ان الطلاق
لا يثبت في الذمم والثاني انه لا يصح فيه السلم والثالث انه لا يصح

قبل النكاح فاما الخلع في الطلقة الواحدة في هذا النكاح ففيه قولان
من اختلاف قوليه في الصفقة الواحدة اذا جمعت صحيحا وفاسدا
احد القولين انه باطل في الصحيح لبطلانه في الفاسد منعا لتفريق
الصفقة فعلى هذا الطلقة قد وقعت وان فسد الخلع فيها لان الطلاق
لا يمكن استدراكه بعد وقوعه وقد وقع على بدل فاسد فوجب
فيه مهر المثل وجرى على هذا القول مجرى من باع عبدا مملوكا ومغصوبا
بالف فبطل البيع فيهما واستهلك المشتري المملوك منهما وجبت عليه قيمته كذلك هاهنا
والقول الثاني ان الخلع في الطلقة جائز اذا قيل ان تفريق الصفقة جائز وان
من باع عبدا مملوكا ومغصوبا لم يبطل البيع في المملوك لبطلانه في المغصوب
فعلى هذا فيما يستحقه الزوج في الطلقة الواحدة قولان احدهما ثلث الالف
اذا قيل يأخذ ما صح من البيع في تفريق الصفقة بحصته من الثمن والقول الثاني
له جميع الالف اذا قيل انه يأخذ ما صح من البيع في تفريق الصفقة بجميع الثمن وهل
للزوجة في ذلك خيار ام لا على وجهين احدهما لا خيار لها لان الخيار مع الفسخ
ورفع العقد والوجه الثاني لها الخيار بين امضاء الخلع في الطلقة بجميع الالف
وبين الفسخ في الالف ودفع مهر المثل **مسئلة** قال ولو خالعها
على ان تكفله ولده عشر سنين جاز اذا اشترط اذا مضى الحولان نفقته بعد ومما
في كل شهر دنانير او دراهم او ... والا يرجع عليه بما يكفيه فان مات رجع عليها
بما بقي وصورتها في رجل خالع زوجته على ان تكفل له ولده عشر سنين ترضعه
منها حولين وتنفق عليه بعدهما تمام العشر فلا بد بعد ذكر الرضاع من ذكر
جنس النفقة ونوعها وصفتها وقدرها واطلاقها فيقول على ان تطعمه في كل
يوم من الحنطة العراقية الصافية كذا ومن الزيت الشامي كذا ومن اللحم الغارد
كذا ومن العسل الابيض كذا وان يشترط عليها مع النفقة كسوة قال على ان تكسوه

اول الهاسنه كسوه الصيف من الكتان التوزي المرتفع ثوبا طوله كذا
ذراعا في عرض كذا شبرا يقطع له منه قميص وعمامة اذرع من مثبر العذارى
المرتفع في عرض كذا شبرا يقطع له منه سراويل ومنديل من مقصص طوله
كذا ذراعا في عرض كذا شبرا صفته كذا وفي اول النصف الثاني من السنه
كسوة الشتاء من الخز ثوبا مرتفعا من خز الكوفه او السوس طوله كذا ذراعا في عرض
كذا شبرا يقطع منه جبه ومن الحرير القلاي كذا ذراعا في عرض كذا شبرا
يقطع منه شيئا فاذا استوفي صفة كل ما يحتاج عليها ونفقته وكسوته صنفا
ونوعا وصفة وقدرا وصار معلوما نفي عنه الجهاله ومعلوم الاجل غير
مجهول المدة كالموصوف في السلم صح به الخلع فهذه المسله مبنيه على ثلثه
اصول في كل اصل منها قولان احد الاصول ان العقد الواحد اذا جمع
شيئين مختلفي الحكم كالبيع والاجاره كان على قولين واركان العقد قد جمع اجاره
ورضاع وسلما في طعام فاقتضى ان يكون على قولين والاصل الثاني ان عقد
السلم في جنسين من واحد يكون على قولين وهذا سلم في اجناس فاقتضى
ان يكون على قولين والاصل الثالث ان عقد السلم الى اجلين يكون على قولين وهذا
سلم الى اجال فاقتضى ان يكون على قولين واختلف اصحابنا في جواز هذه المسله
لاجل هذه الاصول الثلثه فكان بعضهم يخرجها على قولين كالاصول الثلثه
احدهما ان الخلع باطل والقول الثاني انه جائز وهو المنصوص عليه في هذا
الموضع وقال ابو اسحق المروزي وكذا ابو حامد المروزي وهو قول جمهور اصحابنا ان
هذا الخلع يصح قولا واحدا وان كان مبنيا على اصول هي على قولين لاختصاص
الخلع بثلثة معان يفارق بها اصولها احدها ان النفقه ها هنا تبع للرضاع
وقد يجري حكم التبع على حكم الانفراد كما لا يجوز بيع ثمر لم يبد صلاحها تبعا للنخل
ولا يجوز بيعها بانفرادها وكما يجوز بيع الحمل تبعا للام ولا يجوز بيعه
منفردا عنها والثاني ان الضروره دعت اليها في جمع هذه الاحكام

بعقد واحد لان عقد الخلع اذا انفرد باحدهما لم يصح بعد عقد اخر فدعت الضرورة
الى جمعها في عقد واحد وليس كذلك غيره من العقود والثالث ان عقد الخلع
لما كان فيه بها استفاده من معصيه كان حكمه اوسع من سائر العقود كما
وسع في جواز عقده على الصفات التي لا يجوز مثلها في عقود البياعات

فصل

فاذا استقر جواز الخلع على ما وصفنا احدث الزوجه برضاعه بنفسه وكان الزوج في
النفقه بالخيار بين ان يستوفيها منها ويستولي النفقه عليه بنفسها وبين ان يستوفي ذلك منها
بنفسه او بوكيله لان هذا المتولي بالنفقه عليها والزوج ايها الخيار بين ان يستوفي
على تلك النفقه وطعمه ذلك الطعام وبين ان يمكنه ويطعمه من عنده والحكم المقدر
عليها من السنه من اربعه اقسام احدها ان يكون بقدر كفايته لا يزيد عليها ولا
ينقص منها فلا يحبس عليه لولده اكثر منها والقسم الثاني ان يكون اكثر من كفايته فله ان يأخذ
الفاضل لان نفقه الولد مقدره بالكفايه والقسم الثالث ان يكون اقل من كفايته في
الصغر وينقص عن كفايته في الكبر فله ان ياخذ الزياده في صغره وليس النقصان
في كبره ويجري امر الرضاع والنفقه ما لم يحدث موت على ما ذكرنا حتى يوفي ما عليها

فصل

فان حدث موت فهو على ثلثه اقسام احدها ان يموت الولد والثاني
ان يموت الزوجه والثالث ان يموتا معا فاما موت الولد فعلى ثلثة اقسام احدها ان يموت
في الحال قبل الرضاع والثاني ان يموت بعد الرضاع وقبل استيفاء الطعام
والثالث ان يموت بعد ان مضى بعض الرضاع وبقي بعضه وجميع الطعام فاما القسم
الاول فهو ان يموت الولد في الحال قبل الرضاع والطعام فهل للاب ان ياتي بولد
ترضعه بدلا منه ام لا على قولين يذكر توجيههما من بعد احدهما ان له ذلك فعلى
هذا يكون الخلع بحاله لا يبطل بموت الولد لان غيره قد قام مقامه في الرضاع
والنفقه والقول الثاني انه لا يجوز ان ياتي ببدل له فعلى هذا قد بطل الخلع في
الرضاع فيه فرق به الصفقه فهل يجري بعد العقد وقد اختلف اصحابنا في ذلك

تفريق الصفقة بعد العقد هل يكون كتفريقها حال العقد الاعلى وجهين احدهما
انها ليست تفريق الصفقة سواء فعلى هذا يبطل الخلع لبطلانه في الرضاع ام لا على
قولين احدهما انه يبطل اذا لم يجوز تفريق الصفقة فعلى هذا انه يرجع الطلاق على الخلع
فاسد فوقع بائنا واذا يرجع عليها على قولين احدهما وهو قوله في القديم انه
يرجع عليها باجرة رضاع الحولين وقيمة الطعام والقول الثاني وهو قوله في
الجديد انه يرجع عليها بمهر المثل كما قلنا في بطلان الصداق ان فيما يرجع الزوجة
قولين والقول الثاني في الاصل ان الخلع في الطعام لا يبطل وان بطل
في الرضاع اذا جوزنا تفريق الصفقة فعلى هذا يكون الزوج لتفريق الصفقة عليه
بالخيار بين امضا الخلع في الطعام دون فسخه وان فسخ فيما يرجع به عليها قولان
احدهما باجرة الرضاع وقيمة الطعام والثاني بمهر المثل وان اقام فعلى
قولين احدهما انه يقيم على الطعام بجميع الخلع والا فسخ والثاني انه يقيم عليه
بحسابه وقسطه ويرجع بحساب الرضاع وقسطه وبماذا يكون رجوعه على
قولين احدهما وهو القديم باجرة رضاع الحولين والثاني وهو الجديد
بقسطه من مهر المثل مثاله ان ينظر ما اجرة الرضاع وقيمة الطعام فاذا
كان اجرة الرضاع مائة وقيمة الطعام مائتين كان الرضاع ثلث الخلع فرجع
بثلث مهر المثل فهذا الكلام على احد وجهي اصحابنا ان تفريق الصفقة بعد
العقد كتفريقها حال العقد والوجه الثاني ان تفريق الصفقة بعد العقد
لا يمنع من صحة العقد فيما لم يتحلل فيها حال العقد فعلى هذا يكون الخلع جائزا
في الطعام قولا واحدا وان بطل في الرضاع ويكون فيه بالخيار على ما مضى فان اقام
على الطعام فهل يكون الى اجاله او يتعجل على وجهين خرجهما ابو اسحق المروزي
احدهما انه يتعجل لانه كان مؤجلا باجل الرضاع فاذا بطل الرضاع ارتفع الاجل
فحل الطعام والوجه الثاني وهو الاصح ان الطعام الى اجله لا يتعجل لان
الموت لا يتعجل الا ديون من عليه الحق دون مستوفيه والطعام احد المقصودين
وليس بتبع مختص ويكون فيه بالخيار ان فسخ فالجواب فيما يرجع به على ما مضى

26

وان اقام عليه اخذ بقسطه قولا واحدا ورجع بما بقي على ما ذكرناه من القولين

فصل

واما القسم الثاني وهو ان يموت الولد بعد رضاع الحولين وقبل الطعام فالخلع
حاله على صحته لان ما يوثق به المؤتمن الرضاع قد استوفي والطعام لا
يوثق به الموت فكان على صحته لكن هل يتعجل او يكون على اجله على ما مضى من الوجهين

فصل

واما القسم الثالث وهو ان يموت الولد بعد ان يمضي بعض الرضاع
ويبقى بعضه وجميع الطعام كانه مات بعد ان مضى احد الحولين وبقي الثاني
وهل يأتي بولد اخر ترضعه مكانه ذلك امر لا على ما مضى من القولين احدهما
يأتي بولد اخر فعلى هذا الخلع بحاله وتستوفي رضاع الحول الثاني بولد اخر
وتستوفي الطعام بتمامه والقول الثاني لا يأتي بغيره ذلك الولد فعلى هذا
قد بطل الخلع في رضاع الحول الثاني وهل يبطل في رضاع الحول الاول
والطعام الباقي ام لا على ثلث مذاهب تتخرج على الترتيب الماضي من اختلاف
اصحابنا من الفساد الطارئ بعد العقد هل يكون كالفساد المقارن للعقد ام لا
على تفريق الصفقة احد المذاهب الثلثة ان الخلع باطل في الجميع فيبطل في
الحول الماضي وفي الطعام لبطلانه في الحول الباقي وهذا على قول من جعل
الفساد الطارئ بعد العقد كالفساد المقارن للعقد ومنع من تفريق
الصفقة فعلى هذا يكون على الزوج اجرة رضاع الحول الماضي وبماذا يرجع
على الزوجة على قولين مضيا احدهما وهو القديم باجرة رضاع الحولين
وقيمة الطعام ان لم يكن له مثل فرجع بمثله وفيه ذي المثل وقيمة غير ذي
المثل والقول الثاني وهو الجديد انه يرجع عليها بمهر المثل والمذهب الثاني
من المذاهب الثلثة ان الخلع جائز في الحول الماضي وفي الطعام الباقي وهذا
على قول من جعل حدوث الفساد بعد العقد كوجوده مع العقد فعلى هذا
يكون الزوج في تفريق الصفقة بالخيار على ما مضى ام لا على وجهين احدهما لا خيار له والثاني له الخيار
فعلى هذا ان يقيم على رضاع الحول الماضي وجميع الطعام بحسابه وقسطه

ويرجع بحساب الحول الباقي وقسطه ومن ماذا يرجع به على قولين احدهما من عوض
الخلع فعلى هذا يرجع باجرة رضاع الحول الباقي والقول الثاني من مهر
المثل فعلى هذا اعتبر اجرة رضاع الحولين وقيمة الطعام فاذا قيل اجرة
رضاع الحولين مائتا درهم وقيمة الطعام مائة درهم فقد بقي له باجرة رضاع
الحول الباقي مائة درهم وهي الخمس فيرجع عليها بخمس مهر المثل والوجه الثاني
ان له الخيار في فسخ الحول الماضي والطعام الباقي او المقام عليهما فان
فسخ كانت عليه اجرة الحول الماضي وبماذا يرجع عليها على قولين احدهما بمهر المثل
والثاني باجرة رضاع الحولين وقيمة ما بقي من الطعام مثلا ما له منه مثل
ويكون ذلك كله وجها واحدا لان فسخ العقد قد منع من ثبوت الحكومة وان
اقام على الحول الماضي وعلى الطعام فهل يقيم عليه بجميع الخلع او بحسابه
وقسطه على قولين كما مضى وهل يحل الطعام او يكون على نجومه على ما مضى من
الوجهين والوجه الثالث ان الخلع لازم له في الحول الماضي ولا خيار له
فيه لاستيفائه وله الفسخ في الطعام او المقام فيصير الخلع اذا كان اجرة
الرضاع مائتي درهم وقيمة الطعام مائة درهم باطلا في خمسه وهو الحول
الباقي ولازما له في خمسه وهو الحول الماضي وجائزا في ثلثة اخماسه
وهو الطعام جاز فسخه او المقام فعلى ما مضى فهذا حكم المذهب الثاني من المذاهب
الثلثة والمذهب الثالث من المذاهب ان الخلع صحيح في الحول الماضي لاستيفائه
وباطل في الطعام لبطلانه في الحول الباقي فعلى هذا هل هو مخير بين
الفسخ او المقام على وجهين احدهما لا خيار له فعلى هذا يقيم على الحول الماضي بحسابه
وقسطه وهو الخمس لانه في مقابلة مائة درهم من جملة مائة درهم ويرجع
بحساب ما بقي وقسطه ومن ماذا يكون رجوعه على قولين احدهما من اربعة اخماس
مهر المثل والثاني من اجرة رضاع الحول الباقي ومثل ذي المثل وقيمة
غير ذي المثل ولو ورد المحال لا لفسخ العقد والوجه الثاني له الخيار

بين الفسخ والمقام فان فسخ رد اجرة الحول الماضي وبماذا يرجع على ما مضى من
القولين وان اقام فهل يقيم على الحول الماضي والطعام بجميع الخلع او
بحسابه وقسطه على قولين على ما مضى فهذه الاحكام في موت الولد **فصل**
واما القسم الثاني وهو ان تموت الزوجة فالحكم في موتها كالحكم في موت الولد
على ما ذكرنا من الاحكام والاقسام الخمسة سوى احدهما ان الخلع يبطل في الرضاع
اذا ماتت قبله ولا يقوم غيرها مقامها في الرضاع على احد القولين كما
اقيم مقام الولد غيره في احد القولين والفرق بينهما ان الرضاع مستحق من
الام بعينها بالعقد والولد مستوفى فلم يتعين بالعقد كالاجير والمستاجر
لما كان الاجير مستوفا منه تعين بالعقد فبطل بموته ولما كان المستاجر مستوفيا
لم يتعين بالعقد فلم يبطل بموته والثاني ان الطعام المؤجل يحل بموتها وجها
واحدا وان لم يحل بموت الولد في اصح الوجهين والفرق بينهما ان الحق على الزوجة
فحل بموتها لان الديون المؤجلة تحل بموت من هي عليه ولا تحل بموت مستوفيها او من
هي له ثم الجواب فيما سوى هذين على ما مضى **فصل** واما القسم الثالث
وهو ان يموت الزوج فلا يؤثر موته في فساد الخلع لا في رضاعه ولا في طعامه
لكن يكون الطعام موروثا لا يختص به الولد لان نفقته تسقط عن الاب بموته
واما الرضاع فهل يكون موروثا او يكون الولد احق به على وجهين مخرجين من اختلاف قوليه
في موت الولد هل يقوم غيره فيه مقامه ام لا على قولين احدهما لا يقوم غيره مقامه
فعلى هذا لا يكون الرضاع موروثا ويكون الولد احق به وعلى هذا يكون
الطعام للحكومة والقول الثاني ان غير الولد يقوم مقام الولد فعلى هذا يكون
الرضاع موروثا لا يختص به الولد وهل يحل الطعام او يكون على نجومه على وجهين
مضيا والله اعلم **فصل** اذا خالع زوجته على نفقة عدتها واجرة مسكنها
لتبرا منه بالخلع لم يجز وكان الخلع فاسدا يقع الطلاق فيه باينا ويرجع عليها
بمهر المثل ولا تبرا من السكنى والنفقة وقال ابو حنيفة يصح الخلع في ذلك ويبرا من

من السكنى والنفقة استدلالا بان النكاح سبب لوجوب النفقة والسكنى
ووجود السبب كوجود المسبب واقتضى ان يكون سبب وجوبها كوجوبها
فجوز الخلع بها وهذا فاسد من وجهين احدهما انها خالعته على ما
لم يستقر عليه ملكها وان كان السبب موجودا فاقتضى ان يكون باطلا كما لو خالعها
على ما يعتد بها ان تملكه والثاني انه ابرا من النفقة والسكنى قبل استحقاقها
وهي لو ابرته بغير خلع لم يصح فكذلك في الخلع واما استدلاله بان وجود
السبب كوجود المسبب فعنه لان النكاح سبب لنفقة الزوجية وليس بسبب لنفقة
الحمل في العدة واما سبب هذه النفقة الطلاق والحمل فلم يوجد السبب فيجوز
ان يتعلق به حكم المسبب **مسألة** قال الشافعي ولو قال امرك بيدك تطلقين
نفسك ان ضمنت لي الف درهم فضمنتها في وقت الخيار لزمها ولا يلزمها في غير وقت
الخيار كما لو جعل امرها اليها لم يجز الا في وقت الخيار وهذا الطلاق معلق
بشرطين يعتبر حكم كل واحد منهما ان يجمع بينهما اما اذا قال لها طلقي نفسك او جعلت
اليك طلاق نفسك او اختاري طلاق نفسك وكل ذلك سواء وكل يملكها الطلاق
فان عجلت طلاق نفسها في المجلس على الفور في وقت الجواب طلقت وان اخرته
حتى تراخى الزمان لم تطلق وقال ابو حنيفة متى طلقت نفسها على الفور وعلى
التراخي طلقت استدلالا بانه فوض اليها طلاق نفسها كما لو رد الى وكيله طلاقها
ولو رده الى الوكيل جاز ان يطلقها على التراخي فكذا اذا رده اليها وهذا خطا
لان رد الطلاق اليها تمليك ورده الى الوكيل استنابة فيختلف كالبيع
الا ترى لو قال قد وكلتك في بيع عبدي هذا جاز ان يبيعه على التراخي لانها وكالة
ولو قال قد بعتك عبدي هذا لزمه قبوله على الفور لانه تمليك كذلك
الطلاق فيما يقع الفرق فيه بين التمليك والتوكيل واما الشرط الثاني وهو
ان يعلق طلاقها بشرط الضمان بقوله ان ضمنت لي الفا فانت طالق فهو شرط وقوع هذا
الطلاق فيجب ان يكون الضمان في المجلس على الفور في وقت القبول وهو اضيق من
وقت الجواب على ما تقدم بيانه واذا تقرر حكم كل واحد من الشرطين

على انفراده فمسألة الكتاب ان يجمع بينهما فيقول قد جعلت اليك طلاق نفسك
ان ضمنت لي الفا فيصح طلاقها بشرطين احدهما ضمان الالف والثاني ان
تطلق نفسها وكلا الشرطين معتبر في الفور فان قدمت الضمان
على الطلاق فقد عجلت الطلاق قبل الضمان لم تطلق حتى تقدم الضمان
على الطلاق لانه قد جعل الضمان شرطا في الطلاق فلزمه تقديمه
عليه لان الشرط مقدم على المشروط فاذا لزم تقديم الضمان فعقيبه
بالطلاق فلا يخلو حالها اذا ضمنت الالف وطلقت نفسها من اربعة احوال
احدها ان تعجلهما على الفور فيصح الضمان وقد طلقت ولزمها ضمان الالف والثاني
ان تعجلهما على التراخي فيبطلان ولا طلاق ولا ضمان والثالث ان
تضمن على الفور وتطلق نفسها على التراخي فلا طلاق لتراخي ايقاعه ويسقط
الضمان بعد صحته لانه تبع لشرط لم يقع والرابع ان تطلق نفسها على الفور
وتضمن على التراخي فلا يقع الطلاق لفساد الضمان من وجهين احدهما تراخي زمانه
والثاني تاخيره عن الطلاق وفساد الضمان الذي هو شرط في الطلاق
يمنع من وقوعه **فصل** واما الشافعي فانه ذكرها هنا انها اذا ضمنت
الالف في وقت الخيار لزمها الطلاق ولم يذكر تطليق نفسها وان كان شرطا
في وقوعه ولاصحابنا فيه تاويلان احدهما انه سقط في وقوعه واصحابنا فيه تاويلان
احدهما انه سقط عن الناسخ نقله وقد ذكره الربيع في كتاب الام والثاني قصد
بيان حكم الضمان انه يحتاج الى الفور واغفل ذكر الطلاق اما اكتفاء بما قدمه من شروطه
واما استغناء بما قدمه من بيانه **مسألة** قال الشافعي ولو قال ان اعطيتني
عبدا فانت طالق فاعطته اي عبد ما كان فهي طالق ولا يملك العبد واما ينبغي في هذا
الموضع ما يتعلق به الحنث وما المراد بالصفة وصورتها في رجل قال لزوجته
ان اعطيتني عبدا فانت طالق فهذا على ضربين احدهما ان يعين العبد فيقول ان
اعطيتني عبدك هذا فانت طالق فان اعطته غير ذلك العبد طلقت به وملكه الزوج

لانه قد صار بالتعيين معلوما فصح ان يكون عوضا وان وجده معيبا كان لاجل
الخيار وان رده لم يمتنع الطلاق لوقوعه بوجود صفته وبماذا يرجع
عليها فيه قولان احدهما وهو القديم بقيمته لو كان سليما والقول الثاني
وهو الجديد بمهر المثل والضرب الثاني ان لا يعين العبد فهذا على ضربين
احدهما ان يصفه فيكون بكمال صفته شرطا في وقوع الطلاق به فان اعطته
عبدا على غير تلك الصفات لم تطلق وان اعطته عبدا على تلك الصفات
طلقت به ثم لا يخلو حال تلك الصفات من احد امرين اما ان تنتفي عنه
الجهالة او لا تنتفي عنه فان انتفت عنه الجهالة بتلك الصفات وهو ان يصفه
بالصفات المستحقة في السلم التي يصح بها ثبوته في الذمة بان يذكر جنسه
وسنه وقدره وحليته فاذا استكملت فيه هذه الصفات طلقت به وملكه الزوج
لان الجهالة قد انتفت عنه فصار معلوما بها فصح ان يكون عوضا فان وجده معيبا
لم يكن له ان يبدله بمثله سليما لانه قد صار بوقوع الطلاق به مع انتفاء
الجهالة عنه معينا بالدفع فصار كالمعين بالعقد ولو تعين بالعقد لم يبدله
كذلك اذا تعين بالدفع واذا لم يكن له بدله فبماذا يرجع عليها فيه قولان احدهما
وهو القديم بقيمته لو كان سليما والثاني وهو الجديد بمهر المثل ولو كان
قد طلقها على عبد موصوف في ذمتها سلمت اليه العبد على تلك الصفة فوجده معيبا
كان له ابداله بسليم لا بعيبه والفرق بينهما انه اذا كان موصوفا في الذمة
فقد تقدمه وقوع الطلاق فلم يتعين بالعقد ولا صار بوقوع الطلاق
به معينا بالدفع فجرى مجرى المال الموصوف في الذمة اذا وجده معيبا
ابدله بسليم وليس كذلك ما ذكرنا لانه علق وقوع الطلاق به فصار معينا
بالدفع فجرى مجرى المعين بالعقد وان وصفت العبد بما لا يستحق
ولا يجري في السلم فاذا وجدت فيه هذه الصفات طلقت بدفعه ولا
يملكه الزوج لجهالته ويرجع عليها بمهر المثل قولا واحدا **فصل**
والضرب الثالث ان يطلق ذكر العبد والصفة ويقتصر على قوله ان

اعطيتني عبدا فانت طالق فاي عبد اعطته طلقت به وان كان مجهولا لان
الطلاق قد يقع بالشروط المجهولة ولا يملكه الزوج لجهالته ولانه لا يصح ان يملك
بالعقود اعواضا مجهولة ولا فرق بين ان تعطيه عبدا صغيرا او كبيرا
صحيحا او زمنا في وقوع طلاقها به ولا تطلق لو اعطته امة لان اسم العبد
لا ينطلق عليها وكذا لو اعطته خنثى لجواز ان يكون امة ولو اعطته عبدا
مدبرا او مكاتبا او معتقا بصفة طلقت به لانطلاق اسم العبد عليه ولو اعطته
مكاتبا لم تطلق به لان الكتابة قد اخرجته من حكم العبيد حتى زال عنه اسم العبد
ولو اعطته عبدا لها مغصوبا قال ابو حامد الاسفرايني لا تطلق لانه لا يصح
ان يملك بالعقد فاجري مجرى المكاتب والذي اراه انها تطلق بدفعه عليها
لكمال الصفة لانه لم يخرج من حكم العبيد فلم يزل عنه اسم العبيد وقد يجوز ان يملك
عليه من غاصبه وعلى ان المغصوب يخرج بالدفع ان يكون مغصوبا فاذا ثبت انها
تطلق مع الجهالة باي عبد دفعته ولا يملكه فله عليها مهر المثل ولم يجز اعمال الشافعي
لذكره اسم العبد لمطابقته لايجابه كما توهمه المزني فاحتج لايجابه بما ذكرنا من الشواهد
الصحيح واما العلة اكتفينا بما تقدم من بيانه وقال ابو حنيفة اذا طلقها على ذكر
العبد طلقت بها ولزمها عبد وسط اوسط ما بين الابيض والاسود فجعل ذكر العبد شرطا
في وقوع الطلاق وتمليك العبد به وبناه على مذهبه في الصداق اذا اصدقها
عبدا مطلقا صح وكان لها عبد اوسط ما بين الاسود والابيض وهو مخالفه
في الاصل وقد تقدم الكلام معه والله اعلم **مسئلة** قال الشافعي ولو
خالعها على عبد بعينه ثم اصاب به عيبا رده وكان له عليها مهر مثلها وهذا كما
قال اذا خالعها على عبد بعينه فلا يخلو من احد امرين احدهما ان يجعل طلاقها به والثاني
ان يجعله معلقا بدفعه فان جعل طلاقها معجلا فقال لها انت طالق على هذا
العبد فقد طلقت لانه جعل العبد عوضا ولم يجعله شرطا فان صح ان يكون
عوضا لكونه ملكا لها وجائزا تصرفها فيه صح ان يكون عوضا وملك العبد عليها

لانه بالتعيين معلوم فان وجد به عيبا يسيرا فلا رد وان كان يسيرا به وان اراد رده
فله ذلك لان ما ملك بالاعواض يرد بالعيب كالبيع ثم اذا رجع بعد رده
ففي قولين احدهما بقيمته لو كان سليما والثاني بمهر المثل وان كان لا يملك
هذا العبد او كان يملكه ولكن لا ينفذ تصرفها فيه اما لكونه مرهونا واما
لكونه مغصوبا بطل ان يكون عوضا لانه لا يصح ان يكون مبيعا وبما يرجع به عليها
قولان احدهما بقيمته والثاني بمهر المثل ه **فصل** وان جعل طلاقها
معلقا بدفعه كانه قال ان اعطيتني هذا العبد فانت طالق فلا يخلو حال العبد
من ثلاثة اقسام احدها ان يكون في ملكها يصح تصرفها فيه فمتى اعطته العبد طلقت بدفعه
وملكه الزوج لانه بالتعيين معلوم فان ظهر به عيب فله رده وبما يرجع به قولان
احدهما بقيمته والثاني بمهر المثل فلو اراد ان يمسك به معيبا ويرجع
بارشه فان قيل لو رده رجع بمهر المثل او بقيمته فليس له ذلك الا ان العوده على
الرد بالعيب منع من الرجوع بالارش والوجه الثاني له ذلك لان اخذ
الارش عن عيبه اقرب من الرجوع بقيمة جميعه وخالف البيع الذي لا يوجب رده
بالعيب سلامة جميع ثمنه والقسم الثاني ان يكون في غير ملكها لا ينفذ لغيرها فلا
تطلق بدفعه ولما كان كذلك لانه لما كان مشروطا فيه معاوضة صار حكم المعاوضة
شرطا فيه ومن حكم المعاوضة ان يكون في ملكها فصار كانه قال ان اعطيتني
هذا العبد الذي تملكينه فانت طالق فاذا دفعت العبد ولم تكن مالكة له فقد
الشرط فلم يقع به الطلاق والقسم الثالث ان يكون في ملكها لكنها لا تنفذ على
التصرف فيه فهذا على ضربين احدهما ان يكون فيه حق الرهن فلا يصح به الخلع
ولا يقع بدفعه الطلاق تغليبا لحكم المعاوضة وان المرهون لا يسلم فكان
بالمعاوضة صار كغير المملوك والضرب الثاني ان يكون ممنوعا منه بغير حق كالمغصوب
والآبق ففي صحة الخلع به وجهان احدهما وهو قول علي بن ابي هريرة ان الخلع عليه لا يصح
لان بيعه لا يصح فجرى مجرى المرهون فعلى هذا ان اعطته اياه لم تطلق لانه ملكه

بالعطية كالمشروطة في العتق بالصفة والوجه الثاني ان الخلع عليه جائز لان
البدل اصيب فيه بحق بيعها فعلى هذا ان اعطته اياه طلقت لانه قد ادعت به مع
الغصب والفرق بين ان يقول ان اعطيتني عبدا فانت طالق فتطلق بالعبد المغصوب
وبين ان اعطيتني هذا العبد فانت طالق فيكون مغصوبا فلا تطلق هو انه اذا كان
مطلقا لم يتقيد بالدفع فغلب فيه حكم العتق بالصفة واذا كان معينا ملك بالدفع فغلب
فيه حكم المعاوضة ه **فصل** ه واما اذا خالعها على حمل جاريتها او على ما في
جوفها فالخلع باطل ... وضعف ولذا اولم يقع الطلاق وقع بائنا وله
عليها مهر المثل وقال ابو حنيفة الخلع صحيح صار يضعف ولذا كان للزوج وان
لم يضع شيئا فلا شيء للزوج اعتبارا بالوصية انها تصح بالحمل فكذلك الخلع ودليلنا
هو ان كل ما لم يجز ان يكون صداقا في النكاح لم يجز ان يكون عوضا في الخلع كالمحرمات
ولانه عقد معاوضة على حمل فلم يجز ان يكون باطلا كالنكاح والبيع ه **مسئلة** ه
قال المزني رحمه الله ولو قال لها ان اعطيتني شاة ميتة او خنزيرا او خمرا فانت طالق
فاعطته طلقت ورجع عليها بمهر مثلها وهذا صحيح اذا قال لها ان اعطيتني خمرا
او خنزيرا او شاة ميتة فانت طالق فاعطته ذلك طلقت وان لم تملك الخمر والخنزير
لوجود الصفة بدفعه وان قيل افليس لو قال لها ان اعطيتني هذا العبد فانت طالق
فاعطته اياه وهو مغصوب لم تطلق وان كانت الصفة موجودة لانه لا يصح ان
تملكه عنها فهلا كان في الخمر والخنزير لا تطلق بدفعه وان كانت الصفة موجودة
لانه لا تملك عنها قيل الفرق بينهما ان العبد مما يجوز ان يملك فصار التمليك فيه مقصودا
فجاز ان يصير في الحكم مشروطا وان منع الشرع من تملكه بالحيازة وليس كذلك الخمر
والخنزير لانه ليس بمال فلم يصر التمليك فيه مقصودا فقوي فيه حكم الطلاق بالصفة
فاذا ثبت وقوع الطلاق بدفعه وقع بائنا وله عليها مهر مثلها وقال ابو حنيفة يقع رجعيا
ولا شيء له عليها استدلالا بان الخمر ليس بعوض مقصود ومطلقها بغير عوض والطلاق

بغير عوض يكون رجعيا لان ذلك لا يجوز ان يكون عوضا ولان خروج البضع عن ملك
الزوج غير متقوم والدليل ان استهلاكه كالمال يستحق فيه لثلثة امور احدها جواز طلاقه
في المرض الذي يمنع فيه من استهلاك ماله ولو كان قيمة البضع معتبرا من ثلثه كالعطايا
والهبات والثاني انها لو قتلت نفسها ما استهلكت على الزوج بضعها لم يرجع الزوج عليها
بقيمته ولو كان متقوما لوجب لو قتلت عليها بمهر المثل والثالث انه لا يجوز للاب الصغير
ان يخالع عنه بماله ولو كان البضع مالا لجاز ان يملكه بماله كما يجوز ان يشتري له
عقارا ودليلنا هو انه خلع على عوض فاسد فاقتضى وقوع الطلاق فيه ان يوجب الرجوع
ببدل البضع اصله اذا خالعها على عصير فوجدته خمرا قال ابو حنيفة يرجع عليها
بالمهر الذي دفعه اليها في النكاح فان قيل فالمعنى في الاصل ان الزوج لم يرض بخروج البضع
من ملكه بغير بدل لانه ظنه عصيرا فجاز ان يستحق فيه البدل وفي الفرع قد علم خمرا
ورضي بخروج البضع بغير بدل لعلمه فلم يستحق فيه البدل والجواب انه منتقض بالنكاح
فانها اذا تزوجت برجل على خمر كان لها مهر المثل وان علمت انه خمر كما لو تزوجته
على عصير فصار خمرا لا فرق بينهما فكذلك في الخلع ونحرره قياسا فنقول لانه
بضع ملك بخمر لا علة فوجب الرجوع الى مهر المثل كالنكاح فان قيل البضع غير متقوم
في حق الزوجة وغير متقوم في حق الزوج الا انها لو وطئت بشبهة كان مهر المثل لها
دون الزوج قيل لان هذا الوطي لم يحرمها عليه فلم يصر البضع مستهلكا عليه فلذلك
لم يضمن حقه ولو حرمها عليه بان وطئها ابوه او ابنه كان له الرجوع بمهر
المثل لانه صار مستهلكا عليه وكذلك نحرر بهذا اثباتا لما نقول ما تقوم في انتقاله
اليه بدل يقوم في انتقاله عنه بدل كالعبد كالثمرات يستوي في استحقاقه الثمن
بالجهتين اذا صح وفي القيمة اذا فسد واما الجواب عن استدلالهم بانه لما خلعها بالخمر
الذي لا يكون عوضا رضي بان خلعها على غير عوض فهو انه ينتقض بالعوض الفاسد
اذا لا يملك الخمر علما او جهلا له العوض الفاسد بمهر المثل مع علمه وجهله وجب له
الخمر بمهر المثل مع علمه وجهله واما استدلاله بان البضع لا يتقوم في حق

الزوج لا يمضي طلاقه في المرض فاسد بتقويمه في حقه اذا خالع على عوض
فاسد والمعنى انه لم يتقوم في حقوق الورثة اذ الطلاق في المرض وان تقوم عليه
وصار لانهم لا يرثون الزوجة لو لم يطلقها ولا يرثون الاعيان التي وهبها
ولو عتقها واما استدلاله بانها لو قتلت نفسها لم يرجع عليها بمهر مثلها فالجواب
عنه ان الاطراف تدخل في حكم النفس لان من قطع يد رجل ثم قتله دخلت دية
يده في دية نفسه والبضع كالطرف فاذا اقترن به تلف النفس دخل
في حكمه فهو لا يجوز به في دية النفس فلذلك لم يكن له حقوق في قيمة البضع
ولان المنافع مقومة في حق المستاجر ولو استاجر عبدا فقتله ضمن المالك
قيمته لسيده ولم يضمن منفعته لمستاجره وان كانت المنافع متقومة في حقه
كذلك في قيمة البضع واما استدلاله ان الاب لا يخالع عن ابنه الصغير بماله
فلان ابنه لا يقدر ان يملك لها بالمال من العقار ما هو انفع لها ولانه بالخلع وان
ملكها بضعها فقد اسقط به نفقتها فلذلك لم يجز ◦ **فصل** فاذا تقرر
ما ذكرنا فالخلو احال الخلع بالخمر فان يكون معينا او غير معين فان كان غير معين فهو ان
معين وهو ان يقول ان اعطيتني خمرا فانت طالق فاذا اعطته الخمر طلقت ووجب له
عليها مهر المثل وان كان الخمر معينا فضربان احدهما ان يعجل به الطلاق كانه قال
لها انت طالق على ان تعطيني هذا الخمر فقد طلقت واستحق عليها ذلك الخمر وهل
يستحق عليها مهر مثلها ام لا على وجهين احدهما يستحقه كما كان الخمر غير معين وعلى
هذا يقع الطلاق باينا والوجه الثاني انه لا يستحق مع تعيين الخمر مهر المثل
لانه لما عين ذلك الخمر فقد تعين ان لا يملك ما سوى ذلك الخمر ولذلك سقط
حقه من بدله ولم يسقط مع ترك التعيين حقه من البدل فعلى هذا يقع الطلاق رجعيا
لانه لم يملك به بدلا والضرب الثاني ان يجعل الطلاق معلقا بدفعه مثل ان
يقول ان اعطيتني هذا الخمر فانت طالق فاذا اعطته ذلك ففي وقوع طلاقه

وجهان بناء على ما مضى من الوجهين أحدهما تطلق به إذا قيل إنه لو عجل طلاقها فإنه
رجع بمهر المثل كذلك هاهنا تطلق بدفعه ويرجع بمهر المثل والوجه الثاني
لا تطلق بدفعه إذا قيل إنه لو عجل طلاقها بها لم يرجع عليها بشيء والفرق بين أن
لا يعين الخمر فتطلق وبين أن يعين الخمر فلا تطلق أن المقصود بالتعيين التمليك
وبالإطلاق الصفة والله أعلم **مسألة** قال الشافعي ولو قال أنت طالق
وعليك ألف فهي طالق ولا شيء عليها وهذا مثل قوله أنت طالق وعليك حج ولو كان ذلك
إنما سألته الطلاق فطلقها على ذلك كان الطلاق بائنًا وصورتها في رجل قال
لزوجته أنت طالق وعليك ألف فهذا على ضربين أحدهما أن يكون عن طلب منها كأنها
سألته أن يطلقها على ألف فقال لها أنت طالق وعليك ألف فقد طلقت ولزمها الألف
لأنه جواب عن طلب والضرب الثاني أن يبتدئ به من غير طلب فهي طالق ولا شيء عليها
لأنه أرسل الطلاق ولم يقيده بشرط فوقع ناجزًا ثم استأنف العقد وتوجه فقال وعليك
ألف فلم يلزمها الألف بقوله من غير بدل وجرى مجرى قوله وعليك حج فلا يلزمها
الحج وإذا كان على ما ذكرنا من وقوع الطلاق ولا ألف عليها فله الرجعة لأن الرجعة
تسقط مع استحقاق البدل وتثبت مع سقوط البدل فلو أعطته الألف لم تسقط الرجعة
لأنها ابتداء هبة [illegible] حكم الهبات من البذل لا العقود والقبض فعلى
هذا لو اختلفا فقال طلقتك على طلب فلي عليك الألف وقالت طلقتني ابتداء
من غير طلب فلا شيء لك علي فالقول قولها مع يمينها لأنها منكرة وقد لزمه الطلاق
بائنًا لإقراره به **فصل** ولو قال أنت طالق على أن عليك ألفًا فإنها لم تطلق
إلا أن تضمن له الألف على الفور وقت القبول لأن على من حروف الشرط فصار وقوع
الطلاق معلقًا به والباقي وقوع الطلاق دفع الألف [illegible] وهم فيه بعض أصحابنا
وإنما يراعى فيه ضمان الألف لأنه بالضمان قد صار عليها الألف وكذلك لو قال
لها أنت طالق على ألف كان وقوع طلاقها معلقًا بضمان الألف قال الشافعي والخلع

فيما وصفت كالمبيع المستهلك ويتوجه أن لا يرجع عند فساد العوض بمهر المثل كما
يرجع في المبيع المستهلك بقيمة المبيع وهذا أصح القولين والقول الثاني يرجع بقيمة
البدل **مسألة** قال الشافعي ولو خالعها على ثوب على أنه مروي فإذا هو هروي
فرده كان له عليها مهر مثلها وهذا كما قال إذا خالعها على ثوب هروي فإذا
هو مروي وهذا على ضربين أحدهما أن يكون الثوب معينًا والثاني أن يكون غير معين
فإن كان الثوب معينًا كأنه قال خالعتك على هذا الثوب بعينه فلا يخلو أن يشترط
أنه مروي أو لا يشترط فإن لم يشترط أنه مروي ولكن ظنه مرويًا فكان هرويًا
فلا رد له وكذلك لو اشتراه يظنه مرويًا فكان هرويًا لأن هذه جهالة منه
بصفته وليس بعيب يختص بذاته وإن وجد به عيبًا غير ذلك رده به وكان
له أن يرجع عليها فإن أحدهما بمهر المثل والثاني بقيمته مرويًا سليمًا من هذا العيب
وإلا يرجع بقيمته لو كان مرويًا وإن شرط في الخلع أنه مروي فقال قد خالعتك على
هذا الثوب على أنه مروي فإذا بان أنه هروي فالطلاق واقع وإن لم يكن على
الصفة المشروطة مانعًا من وقوعه لأن الإشارة إلى عينه أقوى من ذكر صفته
فصار لاعتبار العين في وقوع الطلاق أغلب من اعتبار الصفة وإذا كان هكذا
نظر فإن كانت قيمته هرويًا كقيمته مرويًا فلا خيار له لأنه لا نقص فيه وإن كانت قيمته
مرويًا أكثر من قيمته هرويًا فهو عيب وله الخيار في رده وفيما يرجع به بعد رده
قولان أحدهما بمهر المثل والثاني بقيمته لو كان مرويًا **فصل**
وإن كان الثوب غير معين فهو على ضربين أحدهما أن يصفه والثاني أن لا يصفه
فإن لم يصفه وقال إن أعطيتني ثوبًا فأنت طالق فهو كقوله إن أعطيتني عبدًا فأنت
طالق فأي ثوب أعطته طلقت به تغليبًا لحكم الطلاق بالصفة ولا تملكه للجهالة
تغليبًا لحكم المعاوضة ويرجع عليها بمهر مثلها قولًا واحدًا وإن وصفه فعلى ضربين أحدهما
أن يعلق به وقوع الطلاق بدفعه كأنه قال إن أعطيتني ثوبًا مرويًا فأنت طالق فأعطته ثوبًا

فان كان هرويا لم تطلق لان صفته بانه مروي صارت شرطا في وقوع الطلاق
فاذا عدمت لم يوجد الطلاق فلم يقع وليس كالمعين الذي يغلب حكم العين
فيه وقوع الطلاق على حكم الصفة فاذا دفعت اليه بعد ذلك ثوبا مرويا طلقت
ثم ننظر فان كان نقد وصفه مع كونه مرويا بجميع صفاته المتقدمة في السلم
ملكه وان وجد به عيبا رده ولم يكن له استرجاع مثله لانه غير ثابت في الذمة وقد
صار معينا بالدفع لوقوع الطلاق فصار كالمعين بالعقد فاذا رده فيما يرجع
به قولان احدهما بمهر المثل والثاني بقيمته مرويا سليما من العيب وان لم يكن بجميع
صفات المعين في السلم بل قال ان اعطيتني ثوبا مرويا فانت طالق فاي
ثوب اعطته اذا كان مرويا طلقت بدفعه لوجود الصفة المعتبرة في الطلاق
ولا يملكه الزوج وترجع عليها بمهر مثلها قولا واحدا لانه غير معين بالعقد ولا
معلوم الصفة **فصل** والضرب الثاني ان يعقد وقوع الطلاق
على ثوب مروي موصوف في الذمة كانه قال انت طالق على ثوب مروي فالطلاق
قد وقع به سوا استوفى جميع صفاته ام لا لكن ان لم يستوف جميع صفاته
فسد فيه الخلع وان وقع به الطلاق وكان له عليها مهر المثل قولا
واحدا لانه قد صار بترك صفاته مجهولا وان استوفى جميع صفاته صح فيه الخلع
وكان له عليها ثوب مروي على تلك الصفات فان دفعت اليه ثوبا بتلك الصفات
فان كان معيبا فله رده والبدل ثوب على تلك الصفات سليما من عيوب ثبت في الذمة
كالمسلم اذا وجد به بعد القبض عيبا رجع بمثله سليما **فصل** واذا
خالعها على ثوب بعينه على انه قطن فاذا هو كتان ففي وقوع الطلاق وجهان احدهما
قد وقع تغليبا لحكم العين ولا يكون خلاف الجنس مانعا من وقوع الطلاق كما لا
يكون خلاف الصفة مانعا من وقوع الطلاق فعلى هذا له ثم ان كانت قيمته
كالقيمة قطنا فلا رد له وان كانت قيمته اقل فله رده وفيما يرجع عليها

به قولان احدهما بمهر المثل والثاني بقيمته لو كان قطنا والوجه الثاني
ان الطلاق لا يقع به لان خلاف الجنس يجري في المعاوضة مجرى خلاف العين
لانه لو ابتاعه على انه قطن فاذا هو كتان كان البيع فيه باطلا ولو ابتاعه على
انه مروي فكان هرويا كان البيع فيه جائزا كذلك الخلع اذا خالعها على ثوب على انه
مروي فكان هرويا وقع الطلاق ولو كان كتانا لم يقع قال صاحب الوجه الاول
من اصحابنا افرق بين البيع وقولي في الخلع ان البيع لا يبطل كما اقول ان
الطلاق يقع تغليبا لحكم العين على الجنس كما غلبنا حكم العين على الصفة ولقوله
اذا استوى بين الامرين وجه وان خالف فيه الجمهور والله اعلم **مسئلة** قال
الشافعي ولو خالعها على ان ترضع ولده وقتا معلوما فمات المولود فانه يرجع
عليها بمهر مثلها لان المراة تدر على المولود ولا تدر على غيره ويقبل ثديها ولا يقبل غيره
وترامها فيستمري به ويستمري من غيرها ولا ترامه ولا تطيب نفسا به قد مضى الكلام
في جواز الخلع على الرضاع والكفالة لان ما جاز ان يعاوض عليه في غير الخلع
جاز ان يكون عوضا في الخلع والرضاع يصح الاجارة عليه لقول الله تعالى فان ارضعن
لكم فآتوهن اجورهن وان تعاسرتم فسترضع له اخرى فجوز ان يستاجرها على رضاع ولدها وان يخالعها
عليه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل الذي يقاتل عن غيره ويأخذ عليه
اجرا كمثل ام موسى ترضع ولدها وتأخذ عليه اجرا فضرب ذلك مثلا انه لا يجوز
ان يقاتل عن غيره باجر كما لا يجوز للمراة ان ترضع ولدها باجر فلما كان رضاع الولد مستحقا
على الاب اذا كان يافعا دون الام لقول الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف
فلزمه الرضاع لانه يقوم مقام الطعام والشراب فان عدم الاب وجب الرضاع
على الام كما تجب نفقته عليها اذا مات الاب فليس لها بعد موت الاب ان تاخذ على
رضاعه اجرا لوجوبه عليها فاما مع بقاء الاب ووجوب رضاعه عليه فان كانت
على الزوجية لم يكن لها ان ترضعه باجر لانه قد ملك الاستمتاع بها فاستحق ان يمنعها

من اجارة نفسها للرضاع فلم يكن لها معاوضته على الرضاع فاما اذا ارتفعت الى الزوج
فقد زال ما استحقه من منعها وجاز ان ترضعه غير ولدها باجر وجاز ان ترضعه
ولدها باجر لان رضاع ولدها مع بقاء الاب واجب عليه دونها واذا كان كذلك صح
الخلع على الرضاع لانها ترضعه بعد الفراق واذا صح فلا بد من تقديره بالمدة
ليصير معلوما لينتفي عنه الجهالة فاذا اشترط عليها في الخلع رضاع ولده حولين
كاملين لم يخل حالهما من حضانة الولد وكفالته والقيام بتربيته وغسل خرقه
وحمله من ثلاثة احوال احدها ان يشترطا دخولها في الخلع او في الاجارة فيلزمها
ذلك وتوخذ الام المستاجرة به والثاني ان يشترطا خروجها من الخلع او من الاجارة
فيخرج منه ولا يلزم الام ان توخذ به وعلى الاب ان يقوم له من يخدمه ويقوم
بحمله وتنظيفه والثالث ان يطلق عقد الخلع او الاجارة في الرضاع فلا يشترط
دخول القيام بخدمته فيه ولا خروجه منه ففيه وجهان مبنيان على اختلاف
وجهي اصحابنا في المعقود عليه بعقد الاجارة فاحد الوجهين ان المقصود الرضاع
والقيام بالخدمة تبع فعلى هذا يلزمها القيام تبع فعلى هذا يلزمها القيام
بخدمته تبعا لما استحق عليها من رضاعه والوجه الثاني ان المقصود بالاجارة الخدمة
دون اللبن لان الرضاع عين مجهول ولا تصح الاجارة به من القيام بالخدمة تبعا هذا
لانه يهاين باستحقاق الرضاع عليها القيام بخدمته الا بشرط وهذا التعليل
معلول لانه لو صار لهذا المعنى الرضاع تبعا للقيام بالخدمة لما جاز افراده بالعقد
اذا اشترط فيه اسقاط القيام بالخدمة وما اجيب بهذا التبع سنه **فصل**
فاذا ثبت ما ذكرناه من جواز الخلع على رضاع ولده حولين فمات الولد ففي بطلان الخلع
بموته قولان احدهما رواه المزني في جامعه الكبير ان الخلع لا يبطل وللاب ان
ياتيها بغيره لترضعه حولين ووجهه ان الولد في الرضاع مستوفى به لما تم العقد
وموت المستوفى به لا يقتضي فسخ العقد كمن استاجر دابة ليركبها
فانه لا تبطل الاجارة بموته وقام غيره في الركوب مقامه والقول الثاني

وهو اظهرهما نص عليه في الام والاملاء ونقله المزني ههنا ان الخلع قد بطل بموته
لعلتين احدهما انها لا تدر على غير ولدها ولا تستمري غير ولدها لبنها كما تستمريه
ولدها ولا يلتزمه غير ولدها كما يلتزمه ولدها هكذا قال الشافعي ومعنى تستمري
اي يستلذه بالقليل وبعضهم لا يرتوي الا بالكثير وبعضهم يرتوي بسهولة وبعضهم
بعنف فلذلك لم يقم فيه واحد مقام واحد وكان المعين فيه متعينا بالعقد
فعلى الخلاف هذين التعليلين لو خالعها على ولده من غيرها فمات كان له على
التعليل الاول ابداله بغيره وليس له على التعليل الثاني ان يبدله وهكذا
لو خالعها على ولده منها وله منها ولد آخر فله على التعليل الاول ان يقيمه مقام
الميت وليس له على التعليل الثاني ان يفعل ذلك **فصل** فاذا تقرر
توجيه القولين فان قلنا ببطلان الخلع وانه ليس له ابدال الولد اذا مات
ففيما يرجع به عليها قولان مضيا احدهما بمهر المثل والثاني باجرة
رضاع الحولين وان قلنا ان الخلع لا يبطل وان له ان ياتيها بغيره فان اتاها
بغيره ارضعته تمام الحولين وان لم ياتها بغيره حتى مضى الحولان ففيه وجهان
احدهما لا شيء له عليها لانها قد بذلت له الرضاع فصار التفريط منه ويجري
ذلك مجرى من استاجر دارا ليسكنها فلم يسكنها حتى انقضت المدة فقد استوفى
حقه والمنتفى له والوجه الثاني ان حقه باق ولا يسقط بانقضاء المدة لان المعقود
عليه غير معين والاعيان اذا لم تسلم مع ترك مستحقها لم يسقط حقه منها
كمن اسلف عينا فلم يقبضها حتى هلكت كانت مضمونة على بائعها كذلك هو ان اللبن
يكون مضمونا عليها وليس له بعد انقضاء زمانه ان تسترضعها ولدا ويصير
كالخلع على ما ثبت ففيما يرجع به عليها قولان احدهما مهر المثل والثاني
اجرة رضاع الحولين **فصل** فاما اذا ماتت المرضعة فقد بطل الخلع
بموتها ولا يقوم غيرها مقامها لان العقد معين في لبنها وهكذا لو لم تمت ولكن

ولكن جف لبنها وانقطع ولم يثبت لها اللبن فالخلع باطل لان اللبن هو المعقود عليه
وقد فات بذهابه كما فات تعويضها فيكون فيما يرجع به عليها قولان على ما مضى واما ان
قل لبنها ولم ينقطع فاما ان كان الباقي فيه بعد قلته يروي الولد فالخلع بحاله ولا
خيار له فيه وان كان لا يرويه لم يبطل فيه الخلع لكن الزوج فيه بالخيار لان نقصه
عيب بين ان يقوم عليه ويحكم ارضاع ولده من لبن غيرها وبين ان يفسخ ويرجع به
منهم قولان والله اعلم **مسألة** قال الشافعي ولو قال ابو امرأته طلقها
وانت بري من صداقها فطلقها طلقت ومهرها عليه ولا رجع على الاب بشي لانه
لم يضمن له شيئا وله عليها الرجعة وهذا اعلم ان مخالعة الزوج مع ابي الزوجة
ينقسم ثلثة اقسام احدها ان يخالعه عنها بماله فيقول له طلق بنتي بالف لك
علي او بهذا العبد الذي لي فهذا خلع جائز لو فعله الزوج مع غير الاب
من الاجانب جاز فهو مع الاب اجوز فاذا طلقها وجب له على الاب ما بذل له
والقسم الثاني ان يخالعه الاب على مالها فان قال للزوج طلقها بالف عليها او
بهذا العبد الذي لها فان كان ذلك بامرها وهي جائزة الامر كان الاب وكيلا في
الخلع وهي مطلقة كما يصح خلع الوكيل على ما سنذكره وان كان بغير
امرها فالخلع باطل سواء كانت جائزة الامر او محجورا عليها لانه مع رشدها لا حجر
له في مالها ومع الحجر عليها يتصرف في حفظه دون اتلافه في الخلع عليها
الا انه قد دعا الى ذهابه واذا كان كذلك حمل طلاق الزوج من احد امرين اما
ان يكون ناجزا معينا فان كان ناجزا وقع رجعيا ولا شي له على الزوجة ولا على
المخالع والطلاق لم يضمنه وان كان الطلاق معقودا كانه قال ان طلقها
على هذا العبد الذي لها فطلاقه لا يقع لانه حمل وقوعه على ملك العبد
فاذا لم يملك العبد لم يوجد شرط الطلاق فلم يقع والقسم الثالث ان يخالعه
على صداقها فهذا على ضربين احدهما ان يكون بعد الدخول فالخلع عليه باطل
لان صداقها قد استقر ولا يملك الاب ان يبري منه كما لا يبري من غيره

سوا قيل انه الذي بيده عقدة النكاح ام لا لان الاب وان جعل بيده عقدة
النكاح فليس له الابراء من الصداق بعد الدخول والضرب الثاني ان يخالعه
بصداقها قبل الدخول فان قيل انه الا يملك عقدة النكاح فالخلع باطل والكلام
في وقوع الطلاق على ما مضى من كونه ناجزا او معلقا وان قيل انه الذي بيده عقدة
النكاح وانه يملك ابرا الزوج من صداق ابنته البكر اذا طلقت قبل الدخول ففي صحة
مخالعته للزوج على صداقها وجهان احدهما وجهه ابو حامد لانه لما جاز ان يبريه
بغير خلع والا معاوضة كان اولى ان يبريه بخلع ومعاوضة والوجه الثاني وهو
الظاهر انه لا يجوز خلعه وان كان ابراه لامرين احدهما انه يجوز له الابرا بعد الطلاق
وهذا قبل الطلاق والثاني ان لا ابرا لا يسقط به حقها من السكنى والنفقة والخلع
يسقط حقها من نفقة الزوجية وسكناها والثالث ان لا يبرا ندب اليه لما فيه من ترغيب
الخطاب فيها والخلع منفر عنها فافترق الابراء والخلع من هذه الوجوه الثلثة
فلذلك جاز ابراؤه ولم يجز خلعه **فصل** فاذا ثبت ما ذكرنا من ترتيب ابرا الاب له
في الخلع فان فيه ثلثة مسائل احدها ان يقول له طلقها وانت بري من صداقها
فطلقها الزوج وقع طلاقه رجعيا او معلقا ناجزا ولا ابرا من الصداق لما ذكرنا
ولا يلزم الاب الضمان لانه لم يضمن ويكون الطلاق رجعيا لان الزوج لم يملك فيه عوضا
والثانية ان يقول الاب طلقها على انك بري من صداقها فطلقها الزوج على هذا
لم يقع طلاقه لانه اوقعه معقودا فاذا لم يبر لم يقع والثالثة ان يقول الاب طلقها
على صداقها على اني ضامنه لك فطلقها الزوج على ذلك فالخلع باطل لصداقها من ان
يكون عينا او في الذمة فان كان عينا لم يقع الطلاق لانه معقود بملك العين
وهي لا تملك بضمان الاب فلم يقع الطلاق لعدم شرطه وان كان في الذمة وقع
الطلاق لان المقصود به براءة ذمته من الصداق والاب قد يقدر على ابرائه منه
بالعفو عنه ثم يكون الخلع فاسدا لانه ليس يبرا بهذا القول ولا يلزم الاب

الاب ضمان الصداق لانه غير مضمون عليها فلم يصح ضمانه عنها لان الضمان يصح
فيما كان مضمونا الاصل فسقوط الضامن عنه لوجوب الضمان مقام المضمون
واذا لم يلزم الاب ذلك الضمان فقد خالع الزوج على ما قد تسدد به الخلع ولزمه
البدل وفيما يلزمه قولان كما لو خولع على ما ثبت احد القولين يلزمه مهر المثل
والثاني مثل تلك الالف وهذه ثلث مسايل مختلف اجوبتها لاختلاف
معانيها **مسألة** فاذا ثبت في ولو اخذ منها الفا على ان يطلقها
على سنة شهر فالطلاق باين ولها الالف وعليها مهر مثلها هذا كلام محمد وقد اختلف
اصحابنا فيه ولم يوصفوا اربع مسايل يستوفيه جميعا ولانه احداهن ان ياخذ منها
الفا على ان يطلقها بعد شهر فهذا خلع فاسد لمعنيين احدهما انه سلم في طلاق
والسلم فيه لا يصح والثاني انه عقد على غير شرط فيه التاخير وهذا لا يصح
فاذا فعل هذا وطلقها بعد شهر فهذا على ضربين احدهما ان يطلقها بعد رد
الالف عليها عند التنازع في فساد الخلع والحكم برد الالف فالطلاق رجعي
ولا شيء له لان العقد برد الالف يرتفع حكم العقد فصار كالمطلق بغير عقد والضرب
الثاني ان لا يسترجع منه الالف ولا يقضي عليه بردها حتى يطلقها بعد شهر
في زمان طلاقه فان كان قبل مضي شهر فهو طلاق في غير خلع ان عقد الخلع
كان على ايقاع الطلاق فيه بعد شهر فعلى هذا يكون رجعيا لانه غير
عوض وان كان الطلاق بعد مضي شهر فهو طلاق في خلع فاسد فيكون
الطلاق باينا لا رجعة فيه لثبوت العقد على فساده ويستحق البدل فعلى
هذا اختلف اصحابنا هل يصير العوض بهذا الفساد مجهولا فصار الباقي
منه مجهولا فعلى هذا يكون له عليها مهر المثل قولا واحدا لان العوض المجهول
لا مثل له ولا قيمة وقال البصريون العوض معلوم لا جهالة فيه لان الطلاق
قد وقع في الحالة المشروط ولم يفض الى سقوط ما قابله من العوض فجاز معلوما

فيما هذا يكون مما يرجع به عليها قولان احدهما مهر المثل والثاني مثل
الالف **فصل** والمسألة الثانية ان ياخذ منها الفا على ان يطلقها
في الحال طلاقا فاسدا الى تاخيره الى شهر واذا مضى الشهر عادت الى الحنث
فهذا فاسد لمعنيين احدهما ان تحريم الطلاق لا يتقدر بزمانه لانه يحصره
والثاني ان الخلع ما ملكت به نفسها وهذه انما ملكت نفسها واذا
كان كذلك فالطلاق قد وقع موبدا لا زمانا لا يتغير بالشرط وهو عن بدل
فاسد فعلى قول البغداديين هو مع الفساد مجهول فيكون له مهر المثل
قولا واحدا وعلى قول البصريين هو مع الفساد معلوم فيكون فيما يرجع
به قولان **فصل** والمسألة الثالثة ان ياخذ منها الفا على ان يطلقها
من وقته الى شهر فاي وقت طلقها فيه قبل الشهر وقع طلاقه في الخلع
وان طلقها بعد الشهر لم يكن خلعا لخروج الشهر المحدد لصحة الخلع فيه وادفعا
له بعد بعضه فقد اختلف اصحابنا فيه على وجهين احدهما ان الخلع صحيح
لان الاجل لم يدخل في عقده وانما دخل في رفعه وانما يجري مجرى قوله
ان اعطيتني الفا في هذا الشهر فانت طالق فعلى هذا ان طلقها بعد ذلك
ان طلقها في الشهر فهو طلاق في خلع صحيح يقع باينا ويستحق الالف وان
طلقها بعد الشهر فهو طلاق في غير خلع يقع رجعيا ولا شيء له والوجه
الثاني ان الخلع باطل لان دخول الاجل فيه لوقوع الطلاق في انقضائه
هو خلل فيه لوقوع الطلاق بعد انقضائه فدل انه موقت غير مطلق فعلى
هذا ان طلقها قبل الشهر فهو طلاق في خلع فاسد يقع باينا وفيما البدل
فيه مجهولا على قول البغداديين والبصريين جميعا فيكون لها مهر المثل قولا واحدا
وان طلقها بعد الشهر فهو طلاق في غير خلع يكون رجعيا ولا شيء له **فصل**
والمسألة الرابعة ان ياخذ منها الفا على ان يطلقها سنة اي طلاق شاء طلق ومع

براس الشهر فيقول اذا جاء راس الشهر فانت طالق على هذه الالف فقد
اختلف اصحابنا في صحة هذا الخلع على وجهين احدهما انه خلع صحيح
لان عقد الطلاق معجل وان كان وقوعه موجلا فعلى هذا القول فقد
الشهر زوجه منع الاستمتاع بها فاذا جاء راس الشهر طلقت طلاقا بائنا بالعقد
المتقدم ولا يرجع بالالف لصحة الخلع والوجه الثاني وهو الاظهر انه خلع
فاسد لمعنيين احدهما ان المعتبر بالطلاق حال وقوعه دون عقده الا
تراه لو حلف لا يطلق امراته فقال لها ان دخلت الدار فانت طالق لم يحنث
بقوله فاذا دخلت الدار حنث ووقوع الطلاق موجل فصار الطلاق
الى اجل والمعنى الثاني انه يصير مالكا للالف قبل ان تملك نفسها بالطلاق
فعلى هذا اذا جاء راس الشهر طلقت طلاقا بائنا سواء قضى عليه برد الالف
ام لا لانه طلاق قابل العقد بتصفته بالبدل فلم يجد سبيلا الى رده ووقع
والبدل فيه معلوم على قول البغداديين والبصريين فيما يرجع عليها قولان
احدهما مهر المثل والثاني مثل الالف **مسألة** قال الشافعي
ولو قالتا له طلقنا بالف ثم ارتدتا فطلقهما بعد الردة وقف الطلاق
فان رجعتا في العدة لزمهما والعدة من يوم الطلاق وان لم يرجعا
حتى انقضت العدة لم يلزمهما شي وهذا صحيح اذا كان له زوجتان فقالتا
له طلقنا بالف فمن تمام هذا الطلب منهما ان يكون طلاقه على الفور جوابا
لهما لانه جاء به على الفور وان لم يطلقهما حتى تراخى الزمان بطل حكم
الطلب وصار مبتديا بالطلاق من غير طلب تقدم فان اشترط فيه العوض
بل قال انتما طالقتان وقع الطلاق رجعيا بلا [illegible] ام لا [illegible]
عليه عوضا ام لا لانه طلاق تجرد عن عوض فيه او طلب يتقدمه
ويكون ما بذلتاه من العوض بعده هبة منهما ابتداء حكم الهبات
ولا يرتفع بها الرجعة وان شرط فيها العوض فقال انتما طالقتان

على الفور فلما تقدم المسئلة في الحال وقع الطلاق بائنا بالبدل لوجود القبول
واستحق فيه البدل وان لم يقيداه لم يقع لانه معقود بشرط لم يوجد فاذا
ثبت هذه الجملة ومسالتنا ان يطلقهما على الف فلا يخلو حاله من ثلث اقسام
احدها ان يطلقهما معا في الحال بعد ارتدادهما الى ما سالتاه ووقع طلاقهما بائنا
ثم لا يخلو حالهما في الالف من احد امرين اما ان يسميا على كل واحدة منهما
من الالف واما ان يطلقاه فان سماه متساويا او متفاضلا حملتا الالف بينهما نصفين
او التزمت من الالف مائة والاخرى تسع مائة صح العوض ولزم كل واحدة منهما
ما سمته من الالف وان اطلقتا الالف بينهما ولم يفصلا ما يخص كل واحدة منهما
ففيه قولان كمن اصدق زوجتين الفا في عقد واحد ولم يفصل مهر كل
واحدة من الالف احدهما ان الخلع بالالف باطل اذا قيل ان الصداق باطل
لان قسط كل واحدة منهما من الالف مجهول فيكون له على كل واحدة منهما في
الخلع مهر مثلها كما كان لكل واحدة منهما عليه في الصداق مهر مثلها والقول الثاني
ان الخلع بالالف صحيح اذا قيل ان الصداق صحيح لان ما جمعته الصفقة
من الاعيان المختلفة تقسط البدل فيه على القيم كمن اشترى عبدين بالف فعلى
هذا تقسط الالف بينهما في الخلع على مهور امثالهما فيلزم كل واحدة منهما من الالف
قسطها من مهر المثل كما تقسطت الالف بينهما في الصداق على مهور امثالهما
فان كان لكل واحدة من الالف قسطها من مهر المثل مثال ذلك ان يكون مهر
مثل احداهما الف ومهر مثل الاخرى خمس مائة فيكون الالف بينهما اثلاثا
يخص التي مهر مثلها الف ثلثا الالف والتي مهر مثلها خمس مائة ثلث الالف
فهذا حكم القسم الاول اذا طلقهما في الحال والقسم الثاني ان يطلق احداهما
في الحال دون الاخرى فقد طلقت بائنا وعليها من الالف ان سمت شيئا
ما سمته وان لم تسم شيئا كان على القولين احدهما مهر مثلها والثاني قسطها

من الالف واما الاخرى فلا طلاق عليها ولا شي له والقسم الثالث ان يطلقهما
في الحال فلا طلاق ولا عوض فانا ان سننا ان طلاق الحائض كالمبتدي فلو كان على
ما قدمناه **فصل** فاذا انعقد بما وصفنا في مسئلة الكتاب ان يطلقهما
بالالف بعد ما سلمتا ويكون منوضا بعد المسلم ارتداد عن الاسلام فهاهنا
على ضربين احدهما ان يكون ردتهما بعد الطلاق فقد وقع الطلاق بائنا
بالبدل المسمى على ما مضى وما حدث من ردتهما بعد وقوع الطلاق عليهما
غير مؤثر فيه وعدتهما من وقت الطلاق والضرب الثاني ان يرتدا عن الاسلام
بعد سؤالهما في الحال وقبل الطلاق فيطلقهما الزوج في الحال بعد الردة
من غير تراخ جوابا لسؤالهما فهذا على ضربين احدهما ان يكون الزوج غير
مدخول بهما فقد بانتا بالردة فالطلاق بعدها غير واقع عليهما ولا لهما
شي سوا اقامتا على الردة او عادتا الى الاسلام لان غير المدخول بها تبين بالردة في
الحال والضرب الثاني ان يكونا مدخولا بهما فوقوع الطلاق عليهما موقوف
على ما يكون من اسلامهما في العدة لان نكاح المرتدة موقوف على اسلامها
في العدة واذا كان كذلك فلهما ثلث احوال احدها ان يسلما معا قبل انقضا
عدتهما فالطلاق واقع عليهما لان الاسلام في العدة قد بين ان الردة
صادفت الطلاق [illegible] بائنا وكان له عليهما الالف على ما تقدم بيانه
والحال الثانية ان يتاخر اسلامهما من الردة حتى تنقضي العدة فالطلاق
غير واقع لان ارتفاع النكاح بالردة صادف وقوع الطلاق غير زوجة
فلم يقع واذا لم يقع فالالف مردود عليهما والحال الثالثة ان تسلم احداهما
قبل العدة وتقيم الاخرى على ردتها الى انقضا العدة فالتي اسلمت قبل
العدة يقع الطلاق بائنا عليها ويلزمها من الالف ما يقابله ان سمت مهرها اذا
لزمها المسمى وان لم تسم مهرها شيئا فعلى ما مضى من القولين احدهما قسط مهر مثلها
ويكون عدتها من وقت الطلاق واما المقيمة على الردة الى انقضا العدة

فلا طلاق عليها ولا شي له وعدتها من وقت الردة فلو اختلفا مع الزوج في
اسلامهما من الردة هل كان قبل العدة او بعدها فادعاه الزوج
قبل العدة ليقع طلاقه وتبقى الالف وادعتاه بعد العدة ابطالا
لطلاقه واستحقاق الالف فالقول قولهما مع ايمانهما ولا شي عليهما لان
الاسلام والعدة منهما فكان المرجوع فيهما الى قولهما والله اعلم **مسئلة**
قال الشافعي ولو قال لهما انتما طالقتان ان شئتما بالف لم تطلقا ولا واحدة
منهما حتى تشاءا معا في وقت الخيار وهذا كما قال اذا قال الرجل لزوجتيه
انتما طالقتان على الف ان شئتما كان وقوع الطلاق عليهما معلقا بوجود
المشية منهما ومشيتهما معتبرة على الفور في وقت الخيار على ما مضى من الوجهين
احدهما خيار القبول والثاني خيار الجواب والفرق بينهما ما ذكرناه من مسئلة المهذب
المعتبرة الحروف واذا كان كذلك فلهما ثلثة احوال احدها ان تشاءا معا
في الحال فقد وقع الطلاق عليهما وصار الخلع لازما لهما لان المشية وان كانت
صفة لوقوع الطلاق فهي قبول الخلع لافتقاره معها الى التصريح بالقبول واذا
صح الخلع بالمشية ولزم فيما يلزمها من العوض قولان احدهما الالف مقسطة بينهما
على قدر مهور امثالهما والقول الثاني يسقط الالف ويلزم كل واحدة منهما
مهر مثلها والحال الثانية ان لا تشا ولا واحدة منهما فلا طلاق ولا خلع
لان صفة الطلاق لم توجد فلو تمادى بهما زمان المشية ثم شاءتا من بعد
لم يؤثر مشيتهما لاستحقاقهما على الفور من وجهين احدهما انها من قبول العقد
والثاني انها من قبول [illegible] لكن صارت المشية واقعة من غير موضعها
شرعا فجرت مجرى وقوعها في غير موضعها شرطا والحال الثالثة ان تشا
احداهما دون الاخرى فلا طلاق على واحدة منهما لان شرط الطلاق وجود المشية
منهما فاذا وجدت من احدهما لم تجد الصفة فلم يقع الطلاق وحديد ذلك

يحكي قوله انت طالق ان شاء زيد وعمرو فشا احدهما لم تطلق فان قيل افليس
لو قال لهما انتما طالقتان على الف فقبلت احداهما دون الاخرى طلقت القابلة
ولم تطلق الاخرى فهلا طلقت التي شاءت ولم تطلق الاخرى قيل لانه
جعل مشيئتهما شرطا فلم توجد مشيئة احداهما فلم تطلق واحدة منهما
وليس كذلك اذا طلقتهما بالف فقبلت احداهما لانه لم يجعل ذلك صفة
لوقوع الطلاق ولا اجتماع قبول المشتركين في العقد شرط في صحته
فقبول كل واحدة منهما معتبر في حق نفسه الا تراه لو قال لرجلين قد بعتكما
عبدي بالف فقبل احدهما دون الاخر لزم القابل الابتياع بنصف العبد بنصف
الالف وان لم يلزم الابتياع بنصفه الاخر فلو قالت الزوجتان في الحال قد شئنا فكذلك
في المشيئة وقع الطلاق مع تكذيبه لهما فان قيل افليس لو قال لهما اذا حضتما
فانتما طالقتان فقالتا قد حضنا وكذبهما لم يقع الطلاق فما الفرق بينهما قيل
الفرق بينهما ان مشيئتهما انما هي وجود القول منهما وقد وجد مع التكذيب
فلذلك وقع الطلاق ولا يكون حيضهما وجود القول منهما فاذا كذبهما فيه لم يعلم
وجوده فلم يقع الطلاق فيه **مسئلة** قال الشافعي ولو كانت احداهما
محجورا عليها وقع الطلاق عليهما وطلاق غير المحجور عليها بائن وعليها مهر مثلها
ولا شي على الاخرى ويملك رجعتها قال المزني القصد فيه وصورتها في رجل
يقول لزوجتيه واحداهما محجور عليها انتما طالقتان على الالف ان شئتما فشاءتا
معا طلقتا لان تعلق طلاقهما بوجود مشيئتين وقد وجدتا فاوجب ذلك
وقوع طلاقهما ويكون طلاق غير المحجور عليها بائنا وفيما يجب عليها قولان احدهما
مهر المثل والثاني قسط مهر مثلها من الالف فاما طلاق المحجور عليها
فيكون رجعيا لان الخلع عقد لا يصح مع الحجر فاذا لم يصح خلعها
ينبغي ان لا يصح قبولها فيقبل المعنيين المشيئة والتمييز وفي الخلع جواز

المفروض وللمحجور عليها منهن فصحت مشيئتها والحجر نقص فيها فلم يصح خلعها
ولو كانت المسئلة بحالها احداهما محجور عليها لم يقع طلاقهما الا ان المحجور
عليها لم يصح مشيئتها وكانت كمن لم تشا ولو كانت احداهما صغيرة فشاءتا
نظرت في الصغيرة فان كانت غير مميزة لم تصح مشيئتها كالمجنونة فلم يقع الطلاق
وان كانت مميزة صحت مشيئتها كالمحجور عليها ووقع طلاقهما وكان طلاق الكبيرة
بائنا وطلاق الصغيرة رجعيا فاما المزني فانه راى ان الشافعي قد اوجب على
الخارجة للجميع مهر المثل فقال هذا يقضي على فساد تجويزه مهر اربع في عقد
بالف وخلع اربع في عقده بالف وخلع اربع في عقده بالف والامر على
ما قاله المزني واما ذكر الشافعي هنا احد القولين في كل واحدة من مسئلة
الخلع والصداق والقولان فيهما سواء والله اعلم **مسئلة** قال الشافعي
ولو قال له اجنبي طلق فلانة على ان لك علي الف درهم ففعل فالالف له لازمة وهذا
كما قال اذا خالعه اجنبي على طلاق زوجته فان كان باذنها صح وكان وكيلا لها على ما
سنذكره وان كان الاجنبي قد خالع بغير اذن الزوجة بمال في ذمته فقال
له طلق زوجتك فلانة بالف درهم لك علي صح الخلع ووقع الطلاق ولزم
الاجنبي الالف التي بذلها وهو قول الجمهور وقال ابو ثور الخلع باطل والطلاق
غير واقع فيه استدلالا بان الخلع عقد معاوضة فقد ملك به المعوض والمعوض
فلم يجز ان يملك العوض الا الزوج بنكاح او زوجة بخلع فلما لم يملك الاجنبي بالخلع
ولا الزوجة بغير اذنها اقتضى ان يكون فاسدا ولان الاعواض انما تبذل في الاغراض
الصحيحة والحاجات فيها ومن اكل المال بالباطل ولا غرض للاجنبي في هذا الخلع
فوجب ان يكون مردودا وهذا خطا ودليلنا هو انه لما جاز للزوج ان يطلق
بغير بدل جاز للاجنبي ان يبذل له ماله بغير طلاق جاز ان يطلق الزوج على المال
الذي بذله الاجنبي فيقول لما صح منه بذل المال لغير طلاق صح بذله في

الطلاق كالزوجة طردا والعبد عكسا ولان العتق كالطلاق يتنوع تارة
بعوض وتارة بغير عوض فلما جاز ان يبذل الاجنبي مالا في العتق وان لم
يملك به شيئا جاز ان يبذل مالا في الصداق وان لم يملك به شيئا فاما
استدلاله بان الخلع عقد معاوضة كالبيع والجواب عنه انه مفارق
للبيع في احكام وان وافقه في احكام لان المقصود بالبيع تملك المبيع والمقصود
بالخلع ازالة ملك الزوج فجاز ان يبذل الاجنبي لتملك الجوز ان يبذله في الطلاق
المجرد الى غير تملك بخلاف البيع واما استدلاله بعدم العوض فيه
فخطا لان العوض فيه موجود وقد يكون من وجوه احدها ان يراها
الاجنبي تقيم على نكاح شبهة يؤول الى المأثم فاحب ان يستنقذها منها
والثاني ان يراهما قد خرجا في الزوجية الى ان صار كل واحد منهما غير مؤد
لحق صاحبه والثالث ان يكون لرغبة الاجنبي في خطبتها فسأل الخلع الزوج
عنها **فصل** فاذا ثبت جواز خلع الاجنبي فلو كان للزوج امراتان فخالعه
الاجنبي عنهما بالف بينهما صح الخلع بالالف وان لم يفصل حصة كل واحدة
منهما من الالف قولا واحدا لان الالف لازمة للاجنبي وحده ومستحقة للزوج
وحده فجاز ان لا يفصل وليس كذلك الزوجتين الذي يجب ان يفصل ما
يلزم كل واحدة فلو كان لفظ الاجنبي على طلاق احداهما مبهمة من غير
تعيين واستحق كان الخلع وكان الطلاق فاسدا لانه عقد معاوضة لا يصح
الا على معين كالبيع **فصل** واذا كان له زوجتان فقالت له احداهما
طلقني وضرتي بالف لك علي فان طلقهما صح الخلع وكان له عليها الالف عنها
وعن ضرتها قولا واحدا وان طلقها دون ضرتها كان فيما يلزمها من الالف
قولان احدهما مهر مثلها والثاني يقسط مهر مثلها من الالف
ولو طلق ضرتها دونها طلقت وكان فيما يلزم الباذلة قولان احدهما مهر

مثل الضرة المطلقة والثاني يقسط مهر مثلها من الالف عنها **فصل**
ولو قالت له احدى زوجتيه طلقني بالف لك علي على ان تطلق ضرتي او قالت
طلق ضرتي بالف لك علي على ان تطلقني فاجابها الى ما سالت وقع الطلاق
ولزمها مهر المثل لانه قد اقترن بالخلع شرط فاسد فسقط وسقوطه من
العوض ما صار به مجهولا ولزمها مهر مثل المطلقة قولا واحدا **مسألة**
قال الشافعي والخلع ما جاز للامة اذا ... اذا خالعت الامة زوجها
فهو على ضربين احدهما ان يكون باذن السيد والثاني ان يكون بغير اذنه فان كان
باذن السيد فعلى ثلاثة اقسام احدها ان ياذن لها ان تخالعه بمال في ذمتها
فيجوز ان تخالعه بمال في الذمة ولا يجوز ان تخالعه على ما بيدها من الاعيان
لان الاذن لم يتناولها فان خالعته على عين مما بيدها للسيد بطل الخلع ونظر في
طلاق الزوج فان كان معلقا بتلك العين لم يقع الطلاق وان كان ناجزا وقع
الطلاق وكان له عليها بدل الخلع في ذمتها تؤديه بعد عتقها وفيه قولان
احدهما مهر مثلها والثاني مثل ما خالعته عليه ان كان له مثل او قيمته
ان لم يكن له مثل وان خالعته على مال في ذمتها صح الخلع ... باذن
ان تؤديه من كسبها والخراج تؤديه من الاعيان التي بيدها فان كان ما
خالعت به قدر مهر مثلها ادته جميعه من كسبها وان كان اكثر من مهر المثل
ادت من كسبها قدر مهر المثل وكان الفاضل عليه باقيا في ذمتها تؤديه
بعد عتقها فلو لم يكن كسب تؤدي منه قدر ما خالعت عليه من مهر المثل
لم يلزم السيد غرمه لانه لم يضمنه في ذمته ولا في رقبتها وكان ذلك
في ذمتها الى ان تؤديه من كسب ان حدث لها في الرق او بعد عتقها
وهكذا لو قتلها السيد او باعها لم يحنث لانتقال الزوج على ... لم يلزم
السيد ذلك عنها وان اذن لها والقسم الثاني ان ياذن لها ان تخالعه
على عين بيدها كان قال لها خالعيه على هذا الثوب او على هذا ...

فان خالعته عليه جاز وان خالعته على غيره من الاعيان لم يجز وان خالعته
على مال في ذمتها جاز ولم يكن لها ان تؤديه من كسبها لعدم الاذن فيه وكان
ثابتاً في ذمتها الى ان تؤديه بعد عتقها والقسم الثالث ان ياذن لها اذناً مطلقاً
والاذن عيناً ولا ذمة فان خالعته على مال في ذمتها جاز وكان لها ان تؤديه
من كسبها ان كان بقدر مهر المثل فما دون وان كان اكثر منه كانت الزيادة
ثابتة في ذمتها الى وقت العتق وان خالعته على عين بيدها نظر فان كان
قد اذن لها بالتصرف في تلك العين صح خلعها عليها ان كان بقدر مهر مثلها
وان لم يكن قد اذن لها بالتصرف فيها لم يصح خلعها بها وكان فيما يرجع به الزوج
عليها قولان احدهما مهر مثلها والثاني مثل تلك العين ان كان لها مثل وقيمتها
ان لم يكن لها مثل ولها ان تؤدي من كسبها لاذن السيد لها **فصل** وان
خالعته بغير اذن السيد فعلى ضربين احدهما ان تخالعه على عين بيدها
فالخلع باطل سواء ملكها السيد تلك العين او لم يملكها لانه قد ملكها لم تملك
على قوله القديم كان له عليها حجر يمنع من التصرف واذا كان كذلك نظر
في طلاق الزوج فان كان معقوداً باسم تلك العين فهو غير واقع وان كان
ناجزاً وقع وفيما يرجع به عليها بعد عتقها قولان احدهما مهر المثل والثاني
مثل تلك العين او قيمتها ولو اذن السيد بعد ان خالعت على تلك العين ان خلعها
لم يصح لوقوعه فاسداً والضرب الثاني ان تخالعه على مال في ذمتها
فالخلع جائز وليس لها دفع المال من كسبها لعدم اذن السيد فيه ويكون
في ذمتها الى ان تؤديه بعد عتقها فان قيل فكيف يصح ان يكون مؤجلاً
الى وقت العتق وهو اجل مجهول قيل انما يكون الاجل المجهول موجباً لفساد
العقد اذا كان الاجل مستحقاً بالشرط دون الشرع ولا يبطل اذا كان
واجباً بالشرع الا ترى ان اعسار المشتري بالثمن يوجب انظاره
الى وقت يساره ولو شرط في العقد لم يجز كذلك الامة اذا خالعته

بعد ان اوجب الشرع انظارها به الى وقت العتق جاز ولو شرطته الى وقت
العتق لم يجز وكان فاسداً يرجع عليها فيه بمهر المثل بعد العتق وهكذا
خلع المدبرة وام الولد والمعتقة بصفة لم تأت فاما التي نصفها حر ونصفها
مملوك فان خالعته على ما ملكه نصفها الحر جاز وكانت فيه كالحرة وان
خالعته على ما يملكه السيد لم يجز وكانت فيه كالامة وان خالعته على
الامرين صارت الصفقة فيه جامعة لامرين مختلف حكمهما فيكون على ما
يوجبه تفريق الصفقة بعد جمعها **مسألة** قال الشافعي ولا
المكاتبة وان اذن لها سيدها لانه لا مال للسيد محجوراً عليه فيه
ولانها محجور عليها في مالها والخلاف [illegible] في ذلك ان اذا خالعت المكاتبة
زوجها لم يخل خلعها من احد امرين اما ان يكون باذن السيد او بغير اذنه
فان كان بغير اذنه فهي كالامة اذا خالعت زوجها بغير اذن سيدها
لانها وان خالفت الامة في التملك [illegible] والتصرف فهو مقصور على ادائه
في مال الكتابة دون غيره وهي كالامة فيما سواه وان خالعته باذن السيد
فهو اذن منه باستهلاك مال في غير الاداء فيه قولان نص عليهما الشافعي
في السيد اذا اذن لمكاتبه في الهبة هل يصح اذنه فيه ويجوز هبته له
ام لا على قولين احدهما يصح لان المكاتب اقوى تصرفاً من العبد فلما صحت هبة
العبد باذن سيده كان اولى ان تصح هبة المكاتب باذن سيده والقول
الثاني انه لا يصح هبته باذن السيد وان صحت هبة العبد لان السيد
مالك ما في يد عبده فصح اذنه فيه ولا يملك ما في يد مكاتبه فلم يصح اذنه فيه
فاذا ثبت القولان في هبة المكاتب باذن السيد فقد اختلف اصحابنا
في خلع المكاتبة باذن السيد فذهب بعضهم الى انه على قولين كالهبة لانه
ليس الاستهلاك بالخلع باغلظ من الاستهلاك بالهبة بل هو احسن حالاً
لانها قد تملك به البضع ولا تملك بالهبة شيئاً على اصح قوليه في سقوط
المعاوضة وقال بعضهم ان خلعها باطل
مع اذن السيد

وان كانت هبتها باذنه جاز قولين وفرقوا بينهما بان ما يعود من مكافاة الهبة
وامساكها راجع الى السيد وما يعود بالخلع من ملك البضع يكون للمكاتبة
فافترق اذن السيد فيهما لافتراقهما في عود ذلك واحد منهما والطريقة
الاولى اصح وليس لهذا الفرق وجه ولو قلت كان اولى لما ذكرناه **فصل**
فاذا تقرر ما وصفنا فان قلنا بجواز الخلع باذنه صح اذا كان بمهر المثل
فما دونه ولا فرق بين ان ياذن لها ان تخالع بما في ذمتها فتعدل الى الخلع
بما في يدها فتعدل عن المال في ذمتها او ياذن لها في عين فتعدل
الى غيرها اذا كانت قيمتها سواء بخلاف الامة والفرق بينهما ان الحجر على المكاتبة
في قدر المال وليس عليها حجر في اعيانه لانها تنقل الضمان من عين الى عين
ملك لكن خالعها بعد الاذن بما عين لها والحجر على الامة واقع في قدر المال
وفي اعيانه وليس لها نقل عين الى عين فلم يجز ان تعدل في الخلع من عين
الى عين وان قلنا ان الخلع لا يصح من المكاتبة باذن السيد وغير اذنه
كانت فيه كالامة ان خالعت على ما في ذمتها اتبعت به بعد عتقها وان خالعت
على عين بيدها [illegible] طلاق الزوج لها فان كان معلقا بها لم تطلق وان كان
ناجزا طلقت وكان فيما يرجع عليها بعد العتق قولان احدهما بمهر المثل
والثاني بمثل ما خالعت به ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل
مسألة قال الشافعي واذا اجيز طلاق السفيه بلا شيء كان ما
اخذ عليه جعلا اولى ولوليه ان يلي عليه ما اخذ بالخلع لانه ماله وهذا
كما قال طلاق السفيه واقع وخلعه جائز وقال ابو يوسف لا يقع طلاقه
ولا يصح خلعه وبه قال ابن ابي ليلى وقد مضى الكلام معهما على وقوع
طلاقه في كتاب الحجر واذا صح طلاقه صح خلعه لانه لما
جاز طلاقه بغير عوض كان بالعوض اجوز واذا كان خلعه جائزا
فهو على ضربين احدهما ان يكون على طلاق ناجز بعوض في الذمة

فانت طالق زوجته ولحق على الزوج في ذمتها فقد صارت الالف دينا
في ذمتها بعد وقوع الطلاق عليها ولا يجوز لها ان تدفع الالف اليه لانه
بالحجر ممنوع من قبض ماله وتدفعها الى وليه ليقبض ماله فان دفعت الالف اليه
لم تبرا منها الا ان يبادر الولي الى قبضها منه فتبرا حينئذ منها باخذ الولي لها
فان لم ياخذها الولي منه حتى تلفت من يده كانت تالفة من يده كانت تالفة
من مال الزوجة وعليها ان تدفع الفا ثانية وليس لها ان ترجع على السفيه
بالالف التي استهلكها ما كان باقيا عليها فان قيل فهو محجور عليه لم
يجب عليه غرم ما اخذه وفي وجوب غرمها عليه فيما بينه وبين الله تعالى
وجهان ذكرناهما في كتاب الحجر **فصل** والضرب الثاني ان يكون خلعه
ان يكون على طلاق مقيد بالدفع مثل ان يقول لزوجته ان دفعت الي الف درهم
فانت طالق وان دفعت الي هذا العبد فانت طالق فيجوز للزوجة ان تدفع
ذلك اليه ولا تدفعه الى وليه بخلاف ما كان في الذمة من وجهين احدهما
انه قد كان ما في الذمة قبل الدفع والاستهلاك هذا الدفع والثاني
انها لو دفعت الى الولي لم تطلق لان الطلاق معلق بالدفع اليه وما في الذمة
قد تقدم عليه وقوع الطلاق فافترقا من هذين الوجهين واذا كان كذلك
ودفعت اليه ما طلقها عليه [illegible] ما تعلق بذمتها ولا يملكه الا بالقبض منها
وعلى الولي ان يبادر الى اخذه فان لم ياخذه حتى تلف [illegible] فيه ولا يرجع عليه
مسألة قال الشافعي وما اخذه العبد بالخلع فهو لسيده وهذا
صحيح وخلع العبد جائز وان كان بغير اذن السيد لانه لما كان طلاقه بغير اذنه
كان خلعه اجوز وهو ضربان احدهما ان يكون الطلاق فيه مقيدا بالدفع اليه كقوله
ان دفعت الي الفا فانت طالق فيجوز ان تدفع اليه الالف لتطلق بها ويجوز له قبضها
لانه يملكها وامكان [illegible] عليها لانه لم يتعلق بذمتها وللسيد ان ياخذها من يده

لانها من كسبه فان لم يأخذها منه حتى تلفت في يده فهي بالقدر من مال السيد
ولا رجوع له ببدلها والضرب الثاني ان يكون طلاق وخلعه باجرا بمال
في ذمتها كقوله انت طالق على الف درهم عليك فالحكم احال العبد في
ذلك مع سيده من ثلثة احوال احدها ان ياذن له في قبضها فيجوز له
قبضها وتبرا الزوجه منها بدفعها اليه والحال الثانيه ان ينهاه عن قبضها
فلا يجوز له ان يقبضها ولا تبرا الزوجه منها بدفعها اليه الا ان يبادر
السيد باخذها منه فتبرا الزوجه فلو لم ياخذها السيد من العبد
حتى تلفت في يده كان له مطالبة الزوجه بها لان غرمها اياها فاذا
غرمها رجعت بها على العبد اذا اعتق وليس رجوع حكم في خلاف السفيه
والفرق بينهما من وجهين احدهما ان للعبد ذمة وليس للسفيه ذمة والثاني
ان حجر العبد لحق سيده تزول بعتقه وحجر السفيه لحفظ ماله ولا يحفظ بغرمه
بعد رشده والحال الثالث ان لا ياذن له السيد في القبض ولا ينهاه
عنه فلا يخلو حال العبد من احد امرين اما ان يكون ماذونا له في التجاره
او غير ماذون له فان كان غير ماذون له لم يكن له قبضها من الزوجه
وكان حكم قبضها كحكم لو نهاه عن قبضها وان كان ماذونا له في التجاره ففي
جواز قبضها باذنه في التجاره وجهان احدهما يجوز قبضها لاطلاق ذلك
الاذن لجواز تصرفه ولانه لما كان يقبض من مال سيده ما لم يكن من كسبه
كان قبضه لما هو من كسبه اولى والوجه الثاني ليس له قبضها باذن
التجاره لان الاذن بالتجاره مقصور على ما يتعلق بالتجاره ومال الخلع لا يتعلق
بها فعلى الوجه الاول اذا قبضها برئت الزوجه منها وعلى الوجه الثاني لا
تبرا منها **فصل** فاما المكاتب فخلعه جائز لان طلاقه يقع بغير
عوض فاذا كان بالعوض اجوز وله قبض مال الخلع من زوجته وان لم
ياذن له السيد سوا كان الخلع ناجزا او معقودا لانه قد ملك بالاجابه

اكسابه وجاز تصرفه بخلاف العبد وانما الحجر عليه في الاستهلاك لا في الاكتساب
مسئله قال الشافعي ولو اختلفا فهو كاختلاف المتبايعين فان قالت خالعتني
بالف وقال بالفين او قالت على ان تطلقني ثلثا فطلقتني واحدة تحالفا وله صداق
مثلها ولا يرد الطلاق ولا يلزمها منه الا ما اقرت به وهذا كما قال اذا تخالع الزوجان
ثم اختلفا في العوض تحالفا كما يتحالف المتبايعان اذا اختلفا وقال ابو حنيفه لا تحالف
والقول فيه قول الزوجه مع يمينها استدلالا بانهما قد اتفقا على اسقاط البضع اليها
واختلفا في مقدار العوض الذي في ذمتها فاقتضى ان يكون القول فيه قولها مع يمينها
لان الاصل براة الذمة كساير الدعاوى ودليلنا هو ان اختلاف عوض ملك
بعقد المعاوضه فوجب ان يكون عدم البينه عليه موجبا لتحالف المختلفين فيه كالبيع
والاجارة لان كل واحد من الزوجين قد صار بالاختلاف مدعيا ومدعى عليه
فلم يكن اليمين في جنبة احدهما باولى منه في جنبة الاخر فوجب ان يستويا
في اليمين لاستوائهما في الانكار فاما استدلاله بالاتفاق على ملك البضع والا
خلاف في مقدار العوض فهو فاسد باختلاف الزوجين في قدر الصداق فانهما
قد اتفقا فيه على ملك الزوج له واختلفا في قدر الصداق الذي في ذمة الزوج
وهما يتحالفان فيه ولا يكون القول فيه قول الزوج اعتبارا بهذا المعنى في براة
الذمة وكذلك في الخلع **فصل** فاذا ثبت انهما يتحالفان مع الاختلاف
لم يخلو اختلافهما من ثلثة اقسام احدها ان يختلفا في العوض ويتفقا في عدد
الطلاق واختلافهما في العوض قد يكون تارة في الجنس كقول الزوج خالعتك على
مائة دينار وتقول الزوجه على مائة درهم ويكون تارة في المقدار فيقول الزوج
على الف درهم وتقول الزوجه على مائة درهم ويكون تارة في الصفه فيقول الزوج
على الف درهم بيض وتقول الزوجه على الف درهم سود ويكون تارة في الاجل فيقول
الزوج على الف حالة وتقول الزوجه على الف مؤجلة او يقول الزوج على الف

الى شهر ويقول الزوجة على الف الى شهرين فانهما يتحالفان في هذا
الاختلاف كله اذا عدما البينة فيه والبينة شاهدان او شاهد وامراتان
او شاهد ويمين لانها لاثبات مال محض فاذا تحالفا بعد عدم البينة فهو
كتحالفهما في اختلافهما في المبيع وكاختلافهما في الصداق ويكون صفة التحالف
على ما تقدم شرحه فاذا تحالفا فالطلاق واقع وهو لا يرتفع بعد وقوع
التحالف بخلاف التحالف في البيع بعد تلف المبيع الموجب للرجوع بقيمة المبيع
ولكنها هنا يوجب الرجوع بقيمة البضع وهو مهر المثل قولا واحدا
وسواء كان مهر المثل اقل مما اقرت به الزوجة او اكثر مما ادعاه
الزوج لانه قيمة متلف قد سقط معه المسمى فلم يعتبر فيه القلة ولا الكثرة
والقسم الثاني ان يختلفا في عدد الطلاق ويتفقا على مقدار العوض فيقول
الزوج خالعتك على طلقة بالف وتقول الزوجة خالعتني على ثلاث طلقات بالف
فانهما يتحالفان ايضا كما يتحالف المتبايعان اذا اختلفا في قدر الثمن فاذا تحالفا لم
يلزم الزوج من الطلاق الا ما اقر به من الواحدة وله عليها مهر المثل فان اقام
احدهما بينة على ما ادعاه من عدد الطلاق سمع منها شاهد وامراتان او شاهد
ويمين لانها لاستحقاق المال بالطلاق ولو قال الزوج خالعتك على ثلث طلقات
بالف وقالت الزوجة بل على طلقة بالف فلا تحالف لحصول ما ادعت
وزيادة والقسم الثالث ان يختلفا في قدر العوض وعدد الطلاق فيقول الزوج
خالعتك على طلقة بالف وتقول الزوجة خالعتني على ثلث بمائة فانهما يتحالفان
ايضا ولا يلزم الزوج من الطلاق الا ما اعترف به وله مهر المثل ولا يكون
اكثر او اقل لو كان قال الزوج خالعتك على ثلث بالف وقالت الزوجة خالعتني وان حلف
على طلقة بمائة فلا تحالف فيها لانه قد زادها على ما ادعت من الطلاق ونقصها
فيما اعترفت به من العوض فلو حلف احدهما عند وجوب التحالف بالاختلاف
ونكل الاخر قضي بقول الحالف منهما على الناكل ✽ مسألة

قال الشافعي ولو قال طلقتك بالف وقالت بل على غير شيء فهو مقر بطلاق
لا يملك فيه الرجعة فيلزمه ومدع مالا لا يملك بدعواه ✽ قد مضى الكلام اذا
اتفقا على اصل الخلع واختلفا في صفته انهما يتحالفان فاما اذا اختلفا في اصل
الخلع فادعاه احدهما وانكره الآخر فلا تحالف فيه ويكون القول قول المنكر مع يمينه
كما لو اختلفا في اصل البيع فادعاه احدهما وانكره الآخر لم يتحالفا وكان القول قول
المنكر مع يمينه لم يتحالفا هاهنا لانه قد تفرد احدهما بالدعوى وتفرد الآخر
بالانكار واذا كان كذلك لم يخل اختلافهما في اصل الخلع من احد امرين اما ان
يدعيه الزوج وتنكره الزوجة او تدعيه الزوجة وينكره الزوج فان ادعاه
الزوج وانكرته الزوجة وصورته ان يقول الزوج قد طلقتك واحدة على الف درهم
في ذمتك او على عبدك هذا فتقول بل طلقتني منفردا بغير بدل فان كان للزوج بينة
سمعت وهي شاهدان او شاهد وامراتان او شاهد ويمين لانها بينة لاثبات مال
وان لم تكن له بينة كان القول قول الزوجة مع يمينها انها منكرة ولا شيء عليها اذا حلفت
والطلاق واقع بائنا لا رجعة له فيه لاعترافه بسقوط رجعته ولا شيء له عليها فان
قيل فهلا كان انكار الزوجة للخلع مانعا من وقوع الطلاق عليها كما ان انكار
المشتري للشراء مانعا من ثبوت الملك له والبائع مقر له بالملك كما ان الزوج مقر لها
بالطلاق قيل لان للزوج ان ينفرد بوقوع الطلاق فلزمه الطلاق باقراره وليس للبائع
ان ينفرد بتمليك المشتري فلم يلزمه التمليك باقراره فان عادت الزوجة بعد الانكار
الى الاقرار واعترفت للزوج بما ادعاه من العوض لزمها دفعه اليه ولو عاد الزوج
على انه لم يكن خالعها وانما طلقها لم يقبل قوله في رفع الطلاق وفي سقوط الرجعة لانه
اقر بالتحريم قبل رجعته ومن رجع عنه لم يقبل منه ✽ فصل وان ادعته الزوجة
وانكره الزوج وصورته ان تقول الزوجة قد خالعتني على طلقة بالف فيقول الزوج ما
خالعتك ولا طلقتك فالقول قول الزوج مع يمينه ما لم يكن للزوجة بينة فاذا حلف
فلا طلاق عليه ولا الف له وان لم تقم له الزوجة بها لانه لم يدعها

فان اقامت الزوجة عليه البينة قبل يمينه او بعدها سمعت وشهد لها شاهدان
لا غير لانها بينة لاثبات طلاق لا يثبت الا بشاهدين فان عاد الزوج فاعترف بالخلع
قبل اليمين او بعدها قضي له بالالف لان الطلاق قد لزمه والزوجة معترفة
بها العوض مسئلة قال الشافعي ويجوز التوكيل في الخلع حرا كان او عبدا
او محجورا عليه او ذميا وهذا كما قال التوكيل في الخلع جايز لقول الله تعالى فابعثوا
حكما من اهله وحكما من اهلها وقد ذكرنا ان الحكمين انما وكيلان فدل على جواز التوكيل
في الخلع ولان عقد الخلع جامع بين الطلاق والبيع والتوكيل جايز في كل واحد
منهما فجاز فيما جمعهما ولان عقد النكاح اغلظ من عقد الخلع والتوكيل في النكاح
جايز فاولى ان يجوز في الخلع واذا كان كذلك جاز ان توكل الزوجة دون الزوج
وان يوكل الزوج دون الزوجة وان يوكل الزوج والزوجة لان الزوج في الخلع
بمنزلة المشتري في البيع والزوجة بمنزلة البايع ويجوز في البيع ان يوكل المشتري
دون البايع ويوكل البايع دون المشتري ويوكل البايع والمشتري فاذا تقرر
جواز توكيل كل واحد من الزوجين في الخلع فصفة الوكيلين مختلفان لان وكالة الزوج
في معاوضة محضة ووكالة الزوجة في معاوضة وطلاق وفي الشروط المعتبرة في وكالتهما
تنقسم في حق الوكيلين اربعة اقسام احدها ما يعتبر في حق الوكيلين معا وهو
البلوغ والعقل فلا يجوز ان يكون وكيل واحد منهما صغيرا او مجنونا لانه لا يصح منهما عقد
ولا يتعلق بقولهما حكم والقسم الثاني ما لا يعتبر في حق الوكيلين معا وهو الحرية
والاسلام فيجوز ان يكونا عبدين وكافرين كما يجوز ان يكونا حرين ومسلمين لامرين احدهما
انه يصح توكيلهما في الطلاق والبيع فصح فيما جمعهما والثاني انه يصح منهما خلع
انفسهما فصح في توكيلهما لغيرهما والقسم الثالث ما يكون اعتباره في وكيل الزوجة اقوى
من اعتباره في وكيل الزوج وهو الرشد فانه لا يعتبر في وكيل الزوج ويجوز
ان يكون محجورا عليه بالسفه لانه لو خالع لنفسه جاز فجاز ان يكون وكيلا في
خلع غيره وهل يعتبر في وكيل الزوجة ام لا على وجهين احدهما لا يعتبر في

وكيلها وان وكلت سفيها جاز لاعتباره بوكيل الزوج والوجه الثاني يعتبر
الرشد في وكيل الزوجة وان لم يعتبر في وكيل الزوج كما يعتبر رشد الزوجة
في الخلع ولا يعتبر رشد الزوج فلذلك ان وكلت الزوجة سفيها لم يجز وان
وكل الزوج سفيها جاز فان قيل فوكالة الزوجة مختصة بمعاوضة محضة ثم الرشد
فيها على هذا الوجه معتبر فوكالة الزوج المشتركة في طلاق ومعاوضة اولى
ان يكون الرشد فيها معتبرا قيل لما انفردت وكالة الزوجة بالمعاوضة تفردت
بحكمها والرشد في عقود المعاوضات معتبر ولم يعتبر في وكالة الزوج لما كانت المعاوضة
في وكالة الزوج تبعا للطلاق الذي لا يعتبر فيه الرشد وكان التبع داخلا
في حكم المتبوع لم يكن الرشد في وكالته معتبرا والقسم الرابع ما يكون اعتباره
في وكيل الزوج اقوى من اعتباره في وكيل الزوجة وهو الذكورية لا يعتبر في وكيل
الزوجة فان وكلت امراة جاز لانه لما جاز ان تتولاه بنفسها مع انوثيتها جاز ان
توكل فيه من كان مثلها وكما يجوز ان تكون المراة وكيلا في البيع وهل يعتبر ذلك في
وكيل الزوج ام لا على وجهين من اختلاف الوجهين في توكيل المراة في الطلاق
احدهما لا يجوز لانها لما لم تملك الطلاق لم يجز ان تكون وكيلا فيه فعلى هذا تعتبر
في وكيل الزوج ان يكون رجلا والوجه الثاني يجوز ان تكون وكيلا في الطلاق
لانه لو ملكها الزوج طلاق نفسها ملكته جاز ان تكون وكيلا في طلاق غيرها فعلى هذا
يجوز ان يوكل الزوج امراة فصارت الشروط المعتبرة في وكيل الزوجة البلوغ
والعقل دون الذكورية وهل يعتبر فيه الرشد وهل يعتبر في الذكورية ام لا على
وجهين مسئلة قال الشافعي ولو خالع عنها بما لا يجوز فالطلاق واقع
لا يرد وهو كرجل اشتراه لها سلعة فهلكت فعليه قيمته ولا شيء على الوكيل الا ان
يكون ضمن ذلك له قال المزني ليس هذا عندي بشيء والخلع عنده كالبيع في اكثر
معانيه فاذا باع الوكيل ما وكله به صاحبه بما لا يجوز فالبيع باطل فكذلك

الدر يطلع

طلقها عليه بالاجود من الطلاق عنه كما بطل البيع عنه وهذه المسالة
مقصورة على وكالة الزوجة فاذا وكلته ان يخالع عنها لم يجز ان يكون وكيلا
عنه ايضا وهي ضربين احدهما ان تكون الوكالة مطلقة والثاني ان تكون مقيدة
فان كانت الوكالة مطلقة فقالت له خالع عني ولم تذكر له من المال جنسا ولا
قدرا فعلى الوكيل ان يخالع عنها بمهر المثل حالا من غالب نقد البلد من الدراهم
والدنانير التي هي اثمان دون قيم العروض والسلع فيعتبر في اطلاقها جنسا وهو
غالب نقد البلد وقدرا وهو مهر المثل كما يعتبر اطلاق الوكالة في البيع
ان يكون الثمن من غالب نقد البلد بثمن المثل والحلول في الموضعين معتبرا واذا
كان كذلك لم يخل حال القسمين الوكيل من احد قسمين احدها ان يخالع عنها
بما كان مامورا به في اطلاق الوكالة من غير زيادة وهو مهر المثل حالا من غالب
النقد فالخلع لازم للزوجة ومضمون عليها والوكيل في العقد لثلثة احوال احدها
ان يعقده على مال مضمون في ذمتها والحال الثانية على ما يضمنه في ذمته
والثالثة ان يطلق فلا يشترط ان يكون في ذمتها ولا في ذمته فان شرط ان يكون
في ذمتها كان مضمونا عليها دون الوكيل وهل يكون الوكيل ماخوذا باستيفائه
منها ام لا على وجهين احدهما وهو الظاهر من مذهب الشافعي انه غير ماخوذ
باستيفائه منها لان وكالته مقصورة على العقد دون غيره فعلى هذا لو جحدت
وكالته لم يؤخذ الوكيل بالغرم وللزوج احلافها دون الوكيل ويقع
طلاقه بائنا ان اكذبها في الجحود ورجعيا ان صدقها عليه والوجه الثاني
وهو الظاهر من قول ابي العباس بن سريج ان الوكيل ماخوذ باستيفاء المال منها
لانه من لوازم عقده فعلى هذا ان جحدته الوكالة لزمه حسنا للزوج بجحودها
له وكان له احلاف الزوجة ووقع الطلاق بائنا سواء اكذبها الزوج على الجحود
او صدقها لانه نصبا الى المال من جهة الوكيل وان شرط الوكيل في العقد ان
يكون المال في ذمته هو

كان ضامنا بالعقد وهل يضمنه الزوجة بالعقد ام لا على وجهين ذكرهما ابو العباس
بن سريج احدهما يكون ضامنا له بالعقد لاجل اذنها فيه فعلى هذا ليس للوكيل
ان يطالبها بالمال قبل غرمه وان ابراه الزوج لم يرجع عليها وان اخذ الزوج
به عرضا من الوكيل رجع الوكيل عليها بالمسمى في العقد دون قيمة العوض والوجه
الثاني انها لا تكون ضامنة له بالعقد لانفراده باسناده عنها فعلى هذا ليس للوكيل
ان يطالبها بالمال قبل غرمه وان ابراه الزوج لم يرجع عليها وان اخذ الزوج
به عرضا من الوكيل رجع عليها الوكيل باقل الامرين من قيمة العرض او المسمى
فاما اذا اطلق الوكيل العقد فلم يشترط في ذمتها ولا في ذمته فانه يكون مضمونا
على الوكيل في حق الزوج لاطلاقه بعقد قد تفرد به مضمونا على الزوجة
في حق الوكيل لتقدم اذنها له بما احتمل ضمانه وهل يكون ضامنا في حق الزوج ام
لا على وجهين ذكرهما ابن سريج احدهما تضمنه للزوج ليس له الوكيل عنها فيه
فعلى هذا يكون الزوج مخيرا بين مطالبتها ومطالبة الوكيل وليس للوكيل ان يرجع عليها
بذلك قبل غرمه لانها تضمنا بوجه في حق الزوج والزوجة والثاني انها
غير ضامنة له في حق الزوج لانها لم تتول العقد ولا تسميه فعلى هذا للزوج
مطالبة الوكيل وحده وليس له مطالبتها وللوكيل ان يرجع بذلك عليها قبل الغرم
الحكم
وهذا حكم الخلع عنها بمهر المثل من غالب نقد البلد ونقدا الخلع لو خالع
باقل من مهر المثل من غالب النقد لانه اذا الزمها الخلع بمهر المثل كان بما دونه
الزم وهكذا بمهر المثل مؤجلا جاز ولزم لانه لما الزمها بالمعجل كان بالمؤجل الزم
ولانها تعجل المؤجل فصل والقسم الثاني ان يعدل عما كان يقتضيه اطلاق
العقد من مهر المثل المعتبر وهذا على ضربين احدهما ان يعدل على الزيادة عليه
من جنسه كانه كان مهر مثلها الفا فخالع عنها بالفين فالالف التي هي مهر المثل
لازمة للزوجة وفي الالف الزائدة قولان احدهما انها باطلة في حق الزوجة

ساقطه عنها لتعدي الوكيل بها ثم تنظر في الوكيل فان كان قد ضمن العوض اما
بالشرط او باطلاق العقد غرم الالف الزايده للزوج لدخولها في ضمانها وان لم يضمن
العوض لاشتراطه له في ذمه الزوجه ففي غرمه للالف الزايده للزوج لدخولها
في ضمانها وان لم يضمن العوض اشتراطه له في ذمه الزوجه ففي غرمه للالف
الزايده وجهان احدهما وهو منصوص الشافعي لا يغرمها لانه لا يضمنها والوجه الثاني
وهو الظاهر من قول ابي العباس بن سريج يغرمها علي قوله ان الوكيل ماخوذ بما سما
العوض وان لم يضمنه في الابتدا فعلي هذا القول لو الزمت الزوجه الالف الزايده
للزوج كانت هبه منها له لا تتم الا ببدلها وقبوله وقبضه ولا يبرا الوكيل من غرمها
للزوج والقول الثاني ان الخلع في الالف الزايده موقوف علي اجازتها لا انه باطل
الا ان للزوجه ابطاله لانها كالعيب الداخل عليها فاوجب خيارها كسائر
العيوب فان اختارت فسخ الالف الزايده سقطت عنها والكلام في غرم الوكيل
علي ما مضي وان اختارت التزامها لزمتها الالفان بالعقد ولم يلزم الوكيل غرمها
والفرق بين القولين ان ولم يجب عليها فيهما الا الالف التي هي مهر المثل انها
اذا التزمت الالف الزايده علي القول الاول للزوج كانت هبه تبرع لا تسقط
عن الوكيل غرمها واذا التزمتها علي القول الثاني كانت عوضا في خلع يسقط
غرمها عن الوكيل في **فصل** والضرب الثاني ان يعدل الوكيل عن
جنس مهر المثل الي غيره كانه كان مهر المثل دراهم فخالع عليها بغير دراهم
فهذا علي ضربين احدهما ان يعدل عن الدراهم الي ما لا يتشاح من جنسه
فخالع بها عنها فهذا علي ضربين احدهما ان يعجل الزوج طلاقها ناجزا
علي ما في الذمه والطلاق واقع والخلع فاسد وللزوج مهر المثل
قولا واحدا والخيار للزوجه فيه ولا يضمن الوكيل ان لزمه الضمان سواه
والثاني ان يجعل الطلاق معلقا علي خيرته فوقع وقوع الطلاق
فيه مذهبان احدهما انه يقع تعليقا بحكم الملك المقصود فعلي هذا الاثنين للزوج

والمذهب الثاني ان الطلاق واقع تغليبا لحكم الصفه فعلي هذا لا يستحق
الزوج الخمر لانها لا تملك ولا قيمتها لانه لا قيمه لها وفي استحقاقه لمهر المثل
بدلا منها وجهان احدهما لا مهر له لانه لا بدل للخمر فعلي هذا يكون طلاقه
رجعيا والوجه الثاني له مهر المثل بدلا من استهلاك البضع عليه بعوض فاسد
عزمه فعلي هذا يكون طلاقه باينا وعلي الزوجه غرم المهر وضمان الوكيل له علي ما مضي
فصل والضرب الثاني ان يعدل الوكيل عن الدراهم التي الغالب من نقود
المهور الي غيرها من الاموال المتشاحه كالدنانير او كالحلي والثياب فهذا علي
ضربين احدهما ان يكون الطلاق ناجزا علي مال في الذمه فلا يخلو ما طلقها عليه
في الذمه من ان يكون معلوما او مجهولا فان كان مجهولا كانه طلقها علي ثوب او عبد
وليس للزوج منه الا مهر المثل قولا واحدا لان المجهول لا قيمه له فعلي هذا له
عليها مهر المثل ولا خيار لها والكلام في ضمان الوكيل لمهر المثل علي
ما مضي وان كان ما في الذمه معلوما كانه خالعها علي مايه دينار ومهر مثلها
الف درهم ففي بطلان الخلع علي الدنانير في حق الزوجه قولان احدهما ان
الخلع عليها باطل في حقها سوا كانت قيمه الالف التي هي مهر مثلها او انقص
يلزمها الا الالف درهم التي هي مهر المثل وان رضي بها الزوج لم يرجع علي الوكيل
بها وان لم يرض كان له ردها علي الوكيل ان كان الوكيل ضامنا علي ما ذكرنا ومطالبه
الوكيل بالمايه دينار التي خالع عليها فان امتنع الزوج من قبض الدراهم منها
اجبر عليها ورجع علي الوكيل بالدنانير ورجع الوكيل بالدراهم علي الزوجه
والقول الثاني ان الخلع علي الدنانير لا يبطل في حق الزوجه ويكون موقوفا
علي اجازتها فان اجازت الخلع بها دفعتها الي الزوج وبري منها الوكيل وان
فسخت الخلع بها رجعت الي مهر المثل عن الف درهم وكان الكلام في
رجوع الزوج علي الوكيل بالدنانير ان كان ضامنا لها علي ما مضي **فصل**

والضرب الثاني أن يكون الطلاق مقيدا بعين المال كأنه قال قد طلقتها على هذا
العبد بعينه ففي وقوع الطلاق به قولان مبنيان على اختلاف قوليه في الطلاق
إذا كان على عوض في الذمة مما التزمها هل يكون الخلع به باطلا في حقها أو
موقوفا على إجازتها فإن قيل إنه باطل لم يقع الطلاق هاهنا لأنه مقيد بتمليك عين
لم تملك وإن قيل إنه موقوف على إجازتها وقع الطلاق ثانيا وكانت بالخيار بين إمضاء
الخلع وفسخه فإن أمضت الخلع على ذلك العبد بعينه سلمته إلى الزوج وبرئ الوكيل
من ضمانه إن لزمه الضمان وإن فسخته لزمها مهر المثل فإذا أخذه الزوج
فإن كان بقدر قيمة العبد لم يرجع على الوكيل بشيء ولم يرجع عليه المطالب بعين العبد
لأنه لم يملكه وليس له عليه إلا قيمته وقد أخذها من الزوج وإن كانت قيمة العبد أكثر
من مهر المثل رجع الزوج على الوكيل إن كان ضامنا بالفاضل على مهر المثل من قيمة
العبد فهذا حكم الوكالة إن كانت مطلقة **فصل** والضرب الثاني أن تكون
الوكالة مقيدة كأنها أذنت له حسابا من المال المقدر بأن يخالع عنها فهذا على
ضربين أحدهما أن يكون ما عينت عليه العوض المخالع به وذلك قد يكون
من وجوه إما لكونه مغصوبا أو لكونه مرهونا وإما لكونه محرما من وقف أو خمر أو
خنزير فالعوض أن يخالع عنها مع هذا النص إلا بمهر المثل ويكون الحكم فيه
كما لو أطلقت من غير نص فيكون الحكم فيما يفعله الوكيل على ما مضى من التقسيم
لأن النص عليه غير منعقد والضرب الثاني أن يكون ما نصت عليه من الخلع به كأنها
أمرته أن يخالع عنها بألف دينار أو بعبد بعينه فللوكيل حالتان أحدهما أن يخالع
بما أمرت به ولا يعدل عنه فالخلع جائز وإن كان على عبد بعينه لم يضمنه الوكيل
إلا أن العبد لا يثبت في الذمة فإن تسلطا على تسليم العبد من غير إذن إلى التسليم
من لوازم الإذن وإن كان على ما في الذمة فإن ضمانه على الوكيل على ما قدمناه مسلطا صح
من الأقسام الثلاثة وهل يكون الوكيل مسلطا على تسليمه من غير تجديد إذن
أم لا وجهان أحدهما أنه مسلط على تسليمه

من غير إذن ركالة المعين استحسانا لما الإذن المتقدم والوجه الثاني ليس له
ذلك إلا بإذن لاختلاف المعين والفرق بينهما أن المعين لا خيار له في العدول
عنه فجاز للوكيل أن يتسلط على أخذه وليس في غير المعين أن يعدل إلى ما شاءت
من جنسه فلم يتسلط الوكيل على أخذه وقطع خيارها فيه فلو أذنت أن يخالع عنها
بمائة دينار فخالع عنها بخمسين أو أذنت أن يخالع عنها بعبد فخالع عنها ببعضه
هو لزم في الحال لأنه إذا لزمها بالأكثر كان بالأقل ألزم **فصل**
والحال الثانية أن يعدل الوكيل عما أذنت به ويضيف عنه إلى غيره فهذا على
ضربين أحدهما أن يعدل عنه إلى مهر المثل فالخلع جائز ومهر المثل لازم
لها لأنه لا يلزمها بالمخالفة إلا مهر المثل فإذا عدل إليه وهو موجب مخالفته صار
محكوما عليها كالمستحق بموافقته فيصير المخالفة بحكم الموافقة وقد
أن يكون في هذا الأخير مواضع نادرة فلو خالع عنها بأقل من مهر المثل كان أجود
والضرب الثاني أن يعدل عن مهر المثل عما سمت له إلى غيرها مما يقع به الطلاق
على ما قدمناه من الأقسام من بطلان العقد قولان أحدهما أنه باطل وإن
وقع فيه الطلاق والقول الثاني أنه موقوف على خيارها فتكون فيه بالخيار
بين إمضائه وفسخه فإذا قلنا إنه باطل فعليها التزمها من أن أحدهما مهر المثل
سواء كان أكثر مما بذلت أو أقل لأن فساد العقد يوجب قيمة المسمى كذلك والقول
الثاني عليها الأكثر من مهر المثل وما بذلت لأنها قد طابت به نفسا مثاله
أن يكون قد أذنت له أن يخالع عنها بألف درهم فخالع عنها بالعبد فإن كان مهر مثلها
خمسمائة لزمها الألف التي بذلت لأنها أكثر وإن كان مهر مثلها ألفا وخمسمائة
لزمها مهر المثل ألف وخمسمائة لأنه أكثر وإن قلنا إن العقد موقوف على
خيارها فإن اختارت الإمضاء لزمها المسمى وإن اختارت الفسخ فعلى ما يلزمها قولان
أحدهما مهر المثل الصغير والثاني أكثر الأمرين من مهر المثل أو ما بذلت على ما ذكرناه معه
فصل وأما المزني فإنه ذهب إلى أن مخالعة الوكيل موجب لفساد العقد ورفع الطلاق

واعتبار المخالفة وكيل الزوج قلنا اما فساد العقد بالمخالفة فصحيح واما منع
الطلاق في اعتبار توكيل الزوج فان كان ذلك اشارة منه الى مذهب الشافعي
فهو خطأ عليه وان كان ذلك مذهبا لنفسه فهو مخطئ فيه لان الطلاق يقع مع فساد
الخلع كما يقع مع صحته وخالف البيع فيه فان وافقه في بعض احكامه وخالف
وكيل الزوج بما سنذكره من الفرق بينهما وما ذكره من الاستشهاد بوكيل البائع
اذا خالف موكله فوهم منه لان وكيل البائع يقوم في الخلع مقام وكيل الزوج ولا
يقوم مقام وكيل الزوجة كما ان وكيل المشتري يقوم مقام وكيل الزوجة دون
الزوج والله اعلم **مسألة** قال الشافعي ولو وكلته ان يخالعها بمائة فخالعها
عنه بخمسين فالطلاق عليه كما لو قال انت طالق بمائة فاعطته خمسين قال الماوردي وهذا
بيان لما قدمنا في المسألة قبلها وهذه المسألة مقصورة على توكيل الزوج في الخلع
يجوز ان يكون توكيلا فيه مطلقا له على ضربين مطلقة ومقيدة فاما المقيدة
ها هنا ايضا اصل في حكم المطلقة عليه والمقيدة ان ينص له على ما يخالعها به
فهذا على ضربين احدهما ان يكون ما نص عليه معلوما فيقول له خالعها على
الف درهم او يقول له خالعها على عبدها الفلاني فعليه ان يخالعها بما سمى
من غير مخالفة فيه وان اراد ذلك في الخلع حالة من اربعة اقسام احدها
ان يقتصر على المسمى من غير نقصان ولا زيادة والاقتصار فيه ان يخالع عنه بالالف ان كان
المسمى او بالعبد المعين ان كان هو المسمى فالخلع لازم والطلاق واقع وله قبض ما
خالع به وان لم يذكره الزوج ما لم ينهه عن قبضه كالوكيل في البيع يجوز له ان يقبض الثمن
وان لم يأذن به ما لم ينهه عنه والقسم الثاني ان يخالع عنه بالمسمى وزيادة
عليه فهذا على ضربين احدهما ان تكون الزيادة من الجنس كأنه امره ان يخالعها بالف
فخالعها بالفين فالخلع صحيح والطلاق واقع لانه اذا رضي بالالف كان بها
وبالزيادة عليها ارضى وجرى ذلك مجرى رجل قال لزوجته ان دفعت الي الفا
فانت طالق فدفعت اليه الفين طلقت ولا تكون الزيادة عليها مانعة من

حصول الصفة بها لدخول الالف في الالفين والضرب الثاني ان تكون الزيادة
من غير جنس المسمى مثل ان يقول له خالعها على الف فخالعها على الف وعبد
او يقول له خالعها على عبد فخالعها على عبد والف درهم فعلى وجهين احدهما وهو
الاظهر ان الخلع صحيح والطلاق واقع لوجود المسمى مع هذه الزيادة لوجوده
مع الزيادة من الجنس كما لو قال لزوجته ان دفعت الي الفا فانت طالق فدفعت اليه
الفا وعبدا والوجه الثاني ان الخلع باطل والطلاق غير واقع لحدوث زيادة
من غير الجنس لان زيادة الجنس تكون تبعا فدخلت في حكم المتبوع وزيادة غير الجنس
لا تكون تبعا لانه ليس احد الجنسين بان يكون تبعا باولى من ان يكون متبوعا
ومخالفة الجنس تفسد الخلع فكذلك الزيادة من غير الجنس والقسم الثالث
ان يقتصر من المسمى على بعضه كأنه سمى له الفا فخالعها على تسعمائة او على
الف درهم او سمى له عشرا فخالعها على الاجزاء تسعة وان قل فالطلاق غير واقع
والقسم الرابع ان يعدل عن جنس المسمى الى غيره كأنه سمى له الف درهم فخالعها
على عبد او سمى له عبدا فخالعها على ثوب فالطلاق غير واقع في هذين القسمين
وسواء خالف في الجنس او في مقدار القدر لان الصفة التي جعل الطلاق معلقا
بها لم توجد فيه فكان ذلك جاريا مجرى قوله لها ان اعطيتني الفا فانت طالق
فاعطته اقل منها لم تطلق وكقوله ان اعطيتني عبدا فاعطته ثوبا لم تطلق
وسواء كان ما اعطته بقيمة ما قاله او اكثر لان الطلاق معلق بالصفة
لا بالقيمة وكذلك الوكيل وفارق الوكيل الزوجة حيث وقع الطلاق بمخالفته ولم
يقع بمخالفة وكيل الزوج لان الطلاق واقع من جهة وكيل الزوج دون الزوجة
فصل والضرب الثاني ان يكون ما نص عليه الزوج وسماه لوكيله مجهولا
كأنه قال له خالعها على عبد او قال على ثوب فهذا على ضربين احدهما ان يذكر
نوع العبد فيقول على عبد هندي او سندي فيجوز ويصح خلع الوكيل وان
لم يصفه بالصفات المستحقة في السلم لان تلك الصفات تستحق في عقد المعاوضة

في عقد الوكالة والضرب الثاني أن لا يذكر نوعه ففي صحة الوكالة وجهان
أحدهما باطلة لأن الخلع كالعقد بوقع جهالة في التوكيل فعلى هذا لا يصح خلع
الوكيل والوجه الثاني تصح الوكالة لأنه لما لم يلزم في الوكالة ذكر صفاته لم يلزم
ذكر نوعه فعلى هذا إذا صحت الوكالة فعلى الوكيل أن يخالعها على عبد معين يكون
قيمته مهر المثل فما زاد فإن خالعها على عبد موصوف في ذمتها بصفات السلم
ففي جوازه وجهان أحدهما يجوز لأنه يكون معلوما بالصفة كما يكون معلوما بالتعيين
والوجه الثاني لا يجوز لأن المضمون في الذمة سلم وفي السلم عند لم يؤذن فيه
وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الوكيل من أحد أمرين إما أن يخالعها على عبد
أو على غير عبد فإن خالعها على غير عبد لم يجز ولم يقع طلاقه سواء خالع بقيمته
مهر المثل أو أقل وإن خالعها على عبد فعلى ضربين أحدهما أن يكون قيمته بقيمته
المثل فصاعدا فخلعه جائز وطلاقه واقع والضرب الثاني أن يكون قيمته
أقل من مهر المثل فيكون الحكم فيه كما لو أطلق الزوج الوكالة فخالع الوكيل
بأقل من مهر المثل على ما سنذكره في هذا الفصل الآتي

فصل

وأما الضرب الثاني من ضربي الوكالة أن تكون وكالة الزوج مطلقة فيقول للوكيل
خالع زوجتي ولا يذكر له جنسا ولا قدرا فالوكالة جائزة وعليه أن يخالعها
على مهر المثل فما زاد فإن قيل أليس قد قلتم أنه إذا قيد الوكالة بعقد لم يذكر
نوعه لم تصح الوكالة في أحد الوجهين لما فيه من الجهالة فأولى إذا أطلق
الوكالة أن لا تصح لأنه أعظم جهالة قيل الفرق بينهما أن المقصود في تسمية العبد
تمليك مال مخصوص لا يعلم مع الجهالة فلم يصح والمقصود في الإطلاق تمليك البدل
عن البضع وهو معلوم بالشرع أن يكون بقدر مهر المثل من غالب النقد
فلم يؤثر فيه جهالة العقد وإذا كان كذلك فلا يخلو حال الوكيل من ثلاثة أقسام
أحدها أن يخالعها على مهر المثل حالا من غالب النقد من غير أن يخالفها على
مهر المثل من غير زيادة ولا نقص فيصح الخلع ماضيا والطلاق فيه واقع

والقسم الثاني أن يخالعها بمهر المثل وزيادة فالخلع جائز سواء كانت
الزيادة من جنس المهر أو من غيره وجها واحدا لاختلاف الجنسين والفرق
بينهما أن المغلب في العتق حكم الطلاق في الصفة ومع الإطلاق حكم المعاوضة
والزيادة في المعاوضات ملغى في الاختلاط والقسم الثالث أن يخالعها بأقل
من مهر المثل أو يعدل إلى غير جنس مهر المثل ففيه ثلاثة أقاويل أحدها أن
الطلاق لا يقع لأن المخالفة لما أوجب الإطلاق كمخالفة لما أوجبه التقييد نصا
وقد منع مخالفة النص من وقوع الطلاق فوجب أن لا يمنع مخالفة الحكم من وقوع
الطلاق فوجب أن لا يمنع مخالفة الحكم من وقوع الطلاق والقول الثاني أن
الطلاق يقع بائنا وله مهر المثل لأن المخالفة بما يقتضيه الحكم اجتهادا يقصر عن حكم
النص فلم يمنع من وقوع الطلاق ألا ترى أن الحكم لو أمضى حكما خالف فيه نصا
بطل حكمه ولو خالف فيه اجتهادا لم يبطل والقول الثالث أن الزوج بالخيار
بين إمضاء ما خالع فيه الوكيل وأخذ العوض الذي خالعها به ويقع الطلاق
بائنا وبين فسخه ويقع الطلاق رجعيا بغير بدل ولا يستحق مهر المثل لأن
الزوج لم يبذله وليس له أن يرفع الطلاق بعد وقوعه ولكن يرفع البينونة
برد العوض ويملك الرجعة والله أعلم

باب الخلع في المرض من كتب

قال الشافعي ويجوز الخلع في المرض كما يجوز البيع فإن كان الزوج هو المريض
فخالعها بأقل من مهرها ثم مات فجائز لأنه إن طلق بغير شيء وهذا كما
قال الخلع في المرض جائز خلافا لمن قال إنه عقد معاوضة فصح في المرض كالبيع ولأن المريض
يصح طلاقه بغير بدل فصح بالبدل كالصحيح وإذا ثبت جوازه في المرض
كجوازه في الصحة فإن كان الزوج مريضا صح خلعه سواء خالع بمهر المثل
أو أقل لأنه لو طلقها بغير عوض صح فإذا خالعها بأقل من مهر المثل

فاولى ان يصح فان قيل لا فصل والخلع كالبيع اذا خالع باكثر من مهر المثل
ان يكون محاباة في الثلث كالمحاباة في البيع قيل لانه لو ازال ملكه
عن البضع بالطلاق من غير بدل صح من غير ان يكون معتبرا في الثلث وليس
كذلك المال لانه لو ازال ملكه عنه بالهبة من غير بدل كان معتبرا من الثلث فلذلك
اذا حاباه فيه واقتصر على قليل البدل كان معتبرا من الثلث فان قيل فلم كان
ازالة الملك عن المال في المرض معتبرا من الثلث ولم تكن ازالة الملك عن البضع معتبرا
من الثلث قيل لانما يعتبر في الثلث ما كان من حقوق الورثة ومستقلا اليهم
ارثا بالموت والمال ينتقل اليهم بالارث فكان معتبرا في الثلث والبضع
الزوجة غير موروث ولا ينتقل اليهم فلم يعتبر بالثلث الا ترى انه لو اعتق عبدا
في مرضه كان من ثلثه لانه كان ينتقل اليهم بموته ولو اعتق ام ولده في
مرضه كانت من اصل ماله لا من ثلثه لانها غير منتقلة اليهم بموته **مسئلة**
قال الشافعي وان كانت هي المريضة في العدة باكثر من مهر مثلها ثم ماتت في مرضها
كان له مهر مثلها وكان الفضل وصية من اهل الوصايا بها في ثلثها وهذا صحيح اذا
خالعت المريضة زوجها صح خلعها وان خالعته بمهر المثل فما دون كان من
راس مالها واصل تركتها وان خالعته باكثر من مهر المثل كانت الزيادة على
مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث كالوصايا وقال ابو حنيفة جميع ما خالع
به المريضة معتبر في الثلث كالوصايا قليلا كان او كثيرا استدلالا بان
خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدليل انه لو طلق في مرضه لم يعتبر من ثلثه
وما بذلته له الزوجة مال في مرضها فلما لم يقابله في خروجه من ملكه وجب
ان يكون معتبرا من ثلثها كالهبة ولان اجنبيا لو خالع عنها من ماله كان جميع
بدله من ثلثه ولو كان في مقابلة مال كان في اصل ماله كذلك اذا كانت هي
الباذلة واذا ثبت الخلع صح ذلك عليها من وجهين احدهما ما بذلته
مالها والثاني ما اسقطته من نفقتها فكان من العطايا اذا ...

ان يعتبر من الثلث ودليلنا هو انه مال بذلته لاحد الزوجين في مقابلة البضع
فوجب ان يكون مهر المثل فيه معتبرا من اصل المال كالنكاح ولانه عقد معاوضة
يصح مؤجلا ومعجلا فوجب ان يكون عوض المثل فيه من اصل المال كالبيع ولانها
يصح معجلا ومؤجلا احترازا من الاصابة ولان خلع الزوج توفيرا على الورثة
في سقوط ميراثه وهو في التغليظ اكثر مما بذلته فكان بان يكون من سقوط ميراثه
اولى ان يكون من راس المال فاما الجواب عن استدلاله بان البضع لا قيمة له في ملك
الزوج فمن وجهين احدهما ان ما لا قيمة له لا يجوز المعاوضة عليه كالحشرات
ولما جازت المعاوضة على البضع ملك الزوج بالخلع دل على ان له قيمة كسائر الاموال
والجواب الثاني انه لو كان له زوجة صغيرة ارضعتها زوجة له كبيرة
حتى حرمت عليه لزمها مهر المثل عندنا وسواء قصدت التحريم او لم تقصده
وعند ابي حنيفة ان قصدت التحريم ولو لم يكن البضع مالا للزوج لما الزمها
له غرم قيمته واما استدلاله بالاجنبي فالمعنى فيه انه لم يملك البضع الذي في
مقابلة ما بذله من المال فلذلك كان من ثلثه وليس كذلك الزوجة لانها قد
ملكت البضع في مقابلة ما بذلت واما استدلاله بانها قد استضرت من وجهين
بما بذلت من مالها واسقطته من نفقتها فالجواب انها تنتفع بذلك من وجهين
احدهما انها قد تستفيد بالنكاح غيره ونفقة اكثر من نفقته ان عاشت
والثاني انها توفر على ورثتها قدر ميراثه ان ماتت **فصل**
فاذا تقرر ان ما خالعته به في مرضها من مهر المثل يكون من راس المال وما
زاد عليه من الثلث فخالعته على الف درهم وهي مهر ... الالف وقيمة مهر المثل
للخلع بها سواء كان غير الالف ام لا وسواء كان عليها دين يحيط بالالف
او لا وان كان مهر مثلها من الف ... انه كان الباقي من الالف و...
مهر محاباة تكون وصية في الثلث ... الثلث ... ان ...

سوى الف الخلع الفا وماتي درهم بناخذ الزوج الالف ربعها منها في قدر
مهر المثل وسمائه وصيه فقد خرجت من الثلث لانه قد صار الى الورثة
الف وماتان وذلك مثلا السماية الخارجه بالوصيه وان لم يخلف الزوج سوى
الالف التي خالعته بها كان للزوج منها بمهر المثل وهو اربع مايه درهم من راس المال و
الثمانيه الباقيه من الالف وهو ماتا درهم وصيه له بقصه له بمهر المثل وبالوصيه
ستمايه درهم ويكون الباقي وهو اربعمايه درهم للورثه وهو مثلا ما خرج بالوصيه
فلو كان على الزوجه لثمانيه درهم دينا اخذ الزوج من الالف بمهر المثل
وهو اربعمايه درهم ووقع من الباقي قدر الدين وهو الثمانيه درهم واخذ الزوج
ثلث ما بقي وهو مايه درهم واخذ الورثه الباقي وهو ماتا درهم وهو
مثلا ما خرج بالوصيه ولو كان دينها ستمايه درهم فصاعدا صرف باقي الالف بعد مهر المثل
في الدين لانه مقدم على الوصيه ولو كانت الزوجه قد وصت بثلث مالها
لغيره كان الزوج احق بالثلث بقيه الالف من جميع اهل الوصايا الا ان وصيته
عطيه في المرض تقدمت على الوصايا بعد الموت سوا تعطها الزوج في
الحياه او بعد الموت **مسله** قال الشافعي ولو كان خالعها بعبد
يساوي مايه ومهر مثلها خمسون فهو بالخيار ان شا اخذ نصف العبد
ونصف مهر مثلها او يرد ويرجع بمهر مثلها كما لو اشتراه فاستحق نصفه وقال
المزني لمن هذا لعندي شي وله من العبد مهر مثلها وما بقي من العبد بعد مهر مثلها
وصيه له ان خرج من الثلث وان لم يخرج ما بقي من العبد من الثلث ولم يكن
لها غيره فهو بالخيار ان شا قبل الوصيه وهو الثلث من نصف العبد وكان
ما بقي من العبد للورثه وان شا رد العبد واخذ مهر مثلها لانه اذا صار
في العبد شرك لغيره فهو عيب يكون فيه بالخيار وصورتها في رجل خالع
زوجته في مرضها على عبد يساوي مايه درهم ومهر مثلها خمسون درهما فان
صحت الزوجه من مرضها كان للزوج جميع العبد سوا كان للزوجه غيره ام لا

لان محاباة المريض اذا صح ماضيه وان ماتت من مرضها فنصف العبد وهو
قدر مهر مثلها من راس المال ونصفه الباقي محاباه في الثلث ولا يخلو حاله
من ثلثه اقسام احدها ان يخرج من ثلثها والثاني ان لا يخرج من ثلثها
والثالث ان يخرج بعضه من الثلث ولا يخرج باقيه فاما القسم الاول
وهو ان يخرج جميع النصف من الثلث وهو ان يخلف الزوجه مع العبد مايه
درهم اخرى فياخذ الزوج جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباه
ويمين خمسون منها فتحصل للورثه مثلاها مايه درهم ولا خيار للزوج لانه
قد اخذ جميع العبد فلم يتفرق صفقته ومن اصحابنا من جعل له الخيار لانه
عاقدها ليكون له جميع العبد عوضا وقد صار له نصف العبد عوضا ونصفه
وصيه فقد تفرقت صفقته في العبد كما وهذا احتاط ان تفرق الصفقه
توجب الخيار لسوا المشاركه في التفريق ولم يدخل عليه في العبد سو
المشاركه لانه قد صار له جميعه فلم يكن له خيار **فصل** واما القسم
الثاني وهو ان لا يخرج من نصف العبد الباقي شي من الثلث لان عليها دين قد
احاط بمالها فلا يملك الزوج من العبد الا نصفه وهو قدر مهر المثل ولا يوثر
فيه احاطه الدين به لانه قد ملكه بعقد معاوضه ولذلك كان من راس المال وقد
تفرقت الصفقه عليه لانه خالع على جميع العبد فحصل له نصفه فوجب ان يكون بالخيار
لتفرق الصفقه عليه بين المقام او الفسخ فان اقام عليه فلا شي له غير النصف منه وان
فسخ كان له مهر المثل وذلك خمسون درهما فان قيل فما استفاد بالفسخ زياده فقد
كان استفاد ان اخذ نا ضا وان العين تفسد سوا المشاركه **فصل** والقسم
الثالث وهو ان يكون بعض النصف خارجا من الثلث وباقيه غير خارج منه وذلك
في احدى حالتين اما ان لا تخلف غير نصفه الباقي واما ان تخلف غيره اقل من مايه
درهم فان لم تخلف غير النصف الباقي من العبد كان للزوج ثلثه وهو السدس من جميعه

بنصاف بلا النصف الذي اخذه بمهر المثل يصير له ثلثا العبد نصفه عوضا
وسدسه وصية وله الخيار لتفريق الصفقة عليه فان فسخ رجع بمهر المثل وان
قال اخذ السدس وصية وافسخ في النصف لا رجع في بدله بمهر المثل فقد
يصير ذلك له لانها محاباة في معاوضة استحق الا بعضها كالمحاباة في البيع وان تركت
الزوجة مع نصف العبد اقل من مائة درهم الى نصف العبد واعتق الزوج من العبد
ما احتمل الثلث الجميع مثاله ان يكون قد خلفت مع الباقي من نصف العبد خمسين درهما
فاذا اضيفت الى قيمة النصف صارت مائة درهم ويكون للزوج ثلثها ثلثة وثلثون درهما وثلث
فياخذ بها ثلثي النصف الباقي من العبد وهو ثلث الجميع ويصير للزوج خمسة اسداسه
بالعوض والوصية فيكون الزوج لتفريق الصفقة بالسدس مخيرا بين المقام عليه او الفسخ
والرجوع بمهر المثل وحده ولو كانت خلفت غير النصف الباقي من العبد خمسة
وعشرين درهما صارت تركتها خمسة وسبعين درهما للزوج
ثلثها خمسة وعشرين درهما ياخذ بها نصف العبد وهو ربع جميعه فيحصل
له ثلثة ارباعه بالعوض والوصية وهو لتفريق الصفقة بربعه مخير بين المقام
او الفسخ والرجوع بمهر المثل **فصل** فاما المزني فانه اعترض على الشافعي
اعتراضا نقليا نبه صحيح ووهمه في تاويله قبيح وهو انه نقل عن
الشافعي في هذه المسالة اذا خالعها على عبد يساوي مائة درهم لا مال
لها غيره ومهر مثلها خمسون ان له نصف العبد ونصف مهر مثلها وهو
ربع العبد ولو كان له ثلثة ارباع العبد فقال يشبه ان يكون له مهر مثلها
او ثلث مهر مثلها وهو سدس العبد يصير للزوج ثلثا العبد وهذا صحيح
في النقل ولما ذكره الشافعي تاويل اختلف اصحابنا فيه على ثلثة اوجه
احدها ان الشافعي قال له نصف العبد ونصف مهر مثلها يعني به
النصف الذي يستحقه الزوج لانه مهر مثلها ولم يتعرض الشافعي ها هنا
لاستحقاقه من نصفه الباقي بالوصية لا يعلمه لا اشتغال به محذوف

الها من نصفه وتقدير له نصف العبد ونصف مهر مثلها ولحذف الهاء ما يوجب
اعتراض المزني والتاويل الثاني ان مسالة الشافعي مصورة على انها
خلفت مع العبد خمسة وعشرين درهما فصارت تركتها مع نصف العبد خمسة
وسبعين للزوج ثلثها وهو خمسة وعشرون درهما ياخذ بها نصف النصف
الباقي من العبد وهو نصف مهر مثلها وقد يقابلها الربع في حساب لانه اذا
خالعها على دار قيمتها مائة درهم وتركت معها خمسة وعشرين درهما وكان
مهر مثلها خمسين درهما فله نصف الدار ونصف مهر مثلها فيحصل له ثلثة
ارباع الدار فنقل المزني خلع الدار الى العبد وغفل عن نقل ما خلفته معه
وهو خمسة وعشرون ونقل الجواب على حاله فتوجه الاعتراض الذي ذكره
لسهوه في النقل ووهمه في التاويل والتاويل الثالث ان مسالة
الشافعي مصورة في رجل تزوج امراة على مهر فاسد فوجب لها
مهر المثل ثم خالعها قبل الدخول بها في مرضها على عبد قيمته مائة درهم
لا مال لها غيره ومهر مثلها خمسون درهما فله نصف العبد بالخلع عوضا
ونصف مهر مثلها بالطلاق قبل الدخول لانه كما ملك بالخلع وما ملكه بالطلاق
ولم يعرض لما ملكه بالوصية لانه معتبر من الثلث وقد افصح الشافعي
بهذا لبعض كتبه والله اعلم

باب خلع المشركين من كتب

قال الشافعي واذا اختلعت الذمية بخمر او خنزير ودفعته ثم ترافعا البنا
اجيز الخلع والمقصود ان لم تكن دفعته جعلنا لها عليها مهر مثلها وهو كما قال
خلع المشركين جائز كالمسلمين لانه عقد معاوضة كالبيع ولانه حل نكاح
كالطلاق ولا يخلو حال المعوض به من ان يكون حراما او حلالا فان كان
حلالا يجوز ان يخلع به الزوجان المسلمان من الدراهم والدنانير وما كان معلوما
من العروض والسلع صح خلعهما به فان ترافعا الينا امضيناه فيك

القبض وبعده وان كان جزا ما من خمر او خنزير فان لم يترافعا الينا ثم
افترقا طلب بغير عوض لعدم اعتراض وان ترافعا الينا لم يخل حال ما بقي من ثلاثة اقسام
احدها ان ترافعا الينا بعد ان تقابضا فهو ممضى لا يعترض عليها الا استيفا لاحكام
ذلك بين شركهما فلا تعقب قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا
ما بقي من الربا فعفا عما مضى وحرم ما بقي واذا كان كذلك فقد لزمه الطلاق بائنا
وبرئت من العوض بالقبض والقسم الثاني ان يترافعا الينا قبل قبضه
فلا يجوز لحاكمنا ان يحكم في خلعهما باقباض خمر او خنزير لقول الله تعالى وان
احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم واذا كان كذلك وقع الطلاق
بائنا ولا وقع الخمر والخنزير وحكم عليها للزوج بمهر مثلها لان فساد الخلع
بالخمر والخنزير يوجب الطلاق بمهر المثل والقسم الثالث ان يترافعا الينا
بعد ان يتقابضا بعضه وبقي بعضه فالطلاق واقع بائنا ويمضي من الخلع ما
تقابضاه ويبطل منه ما بقي ويحكم فيه بقسطه من مهر المثل كأنه خالعها
على عشر خنازير فاقبضته منها خمسة وبقي منها خمسة فقد برئت من نصف
البدل وبقي عليها نصف مهر المثل ولو كان خالعها على عشرة خنازير
وعشرة زقاق خمر فتقابضا الخنازير وبقي الخمر فقد اختلف اصحابنا
في قسمة الجنسين وتساويهما على وجهين احدهما انهما يمتازان في الحكم لتميزهما
في الجنس فعلى هذا تعلق اعتبار الجنسين ويسقط المهر عليهما فيكون
الخنازير في مقابلة النصف فيبرأ من نصف مهر المثل ويكون الخمر في مقابلة
النصف ويلزمها نصف مهر المثل والوجه الثاني ان الجنسين لا يمتازان لاستوائهما
في التحريم ويسقط مهر المثل على اعدادها وهما ثلثون فيكون العشر خنازير في مقابلة
ثلث مهر المثل وتبرأ من ثلثه ويبقى العشرون زقا في مقابلة ثلثي مهر المثل فيلزمها ثلثاه ولو
تقابضا قبل الترافع الينا خمسة خنازير وخمسة ازقاق خمر فان قلنا باعتبار
الجنسين على الوجه الاول برئت من ثلثة اثمان مهر المثل وبقي عليها

خمسة اثمانه لان الخمسة الخنازير من العشرة في مقابلة الربع والخمسة
الازقاق من العشرين في مقابلة الثمن فصار ثلثة اثمان وان قلنا
باعتبار العدد دون الجنسين على الوجه الثاني برئت من ثلث مهر المثل
لانها اقبضته عشرة من ثلثين وبقي عليها الثلثان من مهر المثل وهو على ما ذكرناه
في كتاب الصداق سواء **مسألة** قال الشافعي وهكذا اهل
الحرب لانا لا نحكم عليهم حتى يجتمعوا على الرضى ونحكم على الذميين اذا جاءنا احدهما
لا فرق في خلع الذميين وخلع المعاهدين فيما ذكرناه اذا ترافعا الينا
واما الخلاف في التزام حاكمنا فان كانا معاهدين لم يجب التزام حاكمنا
ولا التزمنا الحكم بينهما لانهما من اهل دار لا يجري عليهما احكامنا وقد قال الله
تعالى فيهما فان جاؤوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم فخيره الله تعالى في الحكم
بينهم لان احكامه لا تلزمهم وان كانا ذميين فعلى ضربين احدهما ان يكونا
على دين واحد كيهوديين ونصرانيين ففي وجوب الحكم عليهم قولان احدهما ونقله المزني
احدهما يجب على حاكمنا ان يحكم بينهم وعليهم اذا تحاكموا الينا لقول الله تعالى
حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والصغار ان يجري عليهم احكام
الاسلام ولانهم في دار يتعبد فيها احكامنا والقول الثاني ان حاكمنا بالخيار
في الحكم بينهم وهو اذا احكم بينهم بالخيار في التزام حكمه كاهل العهد لاشتراكهما في
الكفر والتزام اصحابهما بعلته والقول الثالث انه ان كان في حق لادمي
لزمنا ان نحكم بينهم وان لم يجز الا بالتزامه لان دارنا تمنع من التظالم
وان كان في حق الله تعالى كان حاكمنا مخيرا في الحكم بينهم وهكذا نقول
في التزام حكمه ان حق الله تعالى في كفرهم اعظم وقد اقروا عليه فكان ترك ما
سواه اولى واذا كان هكذا فالخلع من احد هذين المشتركين من حق الله تعالى
في التحريم بالطلاق ومن حق الآدميين في ... والعوض فيكون في وجوب

الحكم بينهما والتزامهما له فوالان والعوض الثاني انه لو نازع دين احدهما
بهواه و الاخر نصراني [illegible] وجهين احدهما
انه يكون نكاحا لواحد لان الكفر كله ملة واحدة فيكون لزوم الحكم
بينهما علي ما مضي من [illegible] والوجه الثاني انهما ثبتا لاختلاف
الدين عن المشاوين [illegible] في التساوي [illegible] على حكم بينهما
[illegible] وفي الاختلاف غير مستقر بوجوب العدول بهما الى من اعلى
وهو الاسلام قطعا للتنازع في الباطل فعلي هذا اجب على حاكمنا ان يحكم
بينهما [illegible] واما اذا كان الحكم بين مسلم وبين ذمي او
معاهد فواجب على حاكمنا ان يحكم بينهما وياخذهما جبرا بالتزام حكمه سواء كان
المسلم طالبا او مطلوبا لقول النبي صلى الله عليه الاسلام يعلو ولا يعلى وقال
صلى الله عليه انصر اخاك ظالما او مظلوما فقال رجل يا رسول الله انصره مظلوما
فكيف انصره ظالما قال ترده عن ظلمه **فصل** لا يجوز لولي الصبي والمجنون
من اب وا غيره ان يطلق عنه والخالع فان طلق لم يقع طلاقه ولم يصح خلعه
وقال الحسن وعطاء ان يطلق عنه بعوض وغير عوض [illegible]
لوليه ان [illegible] البضع بالنكاح جاز له ان يزيل ملكه عنه بالطلاق
كالمال وقال الزهري ومالك يجوز ان يطلق عنه بعوض ولا يجوز ان
يطلق عنه بغير عوض لان الطلاق بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة
وللولي ان يبيع ماله وليس له ان يهبه ودليلنا قول النبي صلى الله عليه وسلم
الطلاق لمن اخذ بالساق [illegible] انما يملك الطلاق من ملك الاخذ بالساق
يعني البضع والولي لا يملك البضع فلم يملك الطلاق ولان كل من لم يملك
البضع لم يملك [illegible] الطلاق كالاجنبي والوكيل في الطلاق [illegible]
وانما يملك [illegible] فاما الجواب عن استدلال الحسن وعطا
بالنكاح [illegible] البضع من الولي كما يصح منه قبول الهبة والطلاق ازالة الملك
فلم يصح من المولى كما لا يصح منه بذل الهبة واما الجواب

55

عن استدلال الزهري ومالك بالبيع والهبة فهو ان المغلب في الخلع حكم
الطلاق دون العوض والطلاق لا يملكه الولي منفردا كالاجنبي فكذلك لا
يملك مع عوض كالاجنبي **فصل** اذا خالع الرجل زوجته على الف وطلقها
واعطاها عبدا [illegible] للعبد ومخالعا عن البضع بالف [illegible]
عقده تجمع بيعا وخلعا فجاز على قولين احدهما انه باطل فيهما ويقع طلاقه باين
ويكون له عليها مهر مثلها ويرد الالف عليها وترد العبد عليه والقول الثاني
انه جائز فيهما ويكون ما قابل العبد من الالف ثمنا وما قابل البضع من الالف خلعا
فيقال كم قيمة العبد فاذا قيل الف قيل وكم مهر المثل فاذا قيل خمسمائة
كان ثلثا الالف ثمنا وثلثها خلعا فان ارادت العبد بعيب [illegible] عليه
[illegible] بثلثيهما ولكن لو خالعها على عبد واعطاها الفا صار
متملكا للعبد بضعها وبالالف فيكون ما قابل الالف من العبد مبيعا وما
قابل مهر المثل من العبد خلعا فيقال كم مهر المثل فاذا قيل الف [illegible]
الالف الذي بذلها الزوج فصارت العين في مقابلة العبد فيكون نصف العبد
مبيعا بالالف ونصفه عوضا عن البضع فان وجدت به عيبا فارادت رد جميعه
في البيع والخلع جاز ورجع عليها بالالف التي هي ثمن ورجع عليها بمهر المثل
الذي هو الف وان ارادت ان ترد منه البيع دون الخلع او الخلع دون المبيع
ففي جوازه وجهان احدهما الجواز لما فيه من تفريق الصفقة عليهما [illegible]
ترد جميعه او تمسك جميعه والوجه الثاني له ذلك لانهما عقدان ينفرد كل
واحد منهما بحكمه فعلى هذا ان ردت البيع منه رجع بالالف وان ردت الخلع
منه رجع بمهر المثل والله اعلم بالصواب

كتاب الطلاق
باب اباحة الطلاق

قال الشافعي قال الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن
وقرئ لقبل عدتهن قال والمعنى واحد وطلق ابن عمر امرأته وهي حائض إلى آخر الفصل
الأصل في إباحة الطلاق الكتاب والسنة وإجماع الأمة أما الكتاب فقوله تعالى
يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وهذا وإن كان خطابا للنبي صلى
الله عليه وسلم فهو عام الحكم فيه وفي جميع أمته فهو من الخاص الذي أريد به
العموم وروى قتادة عن أنس قال طلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة فأتت أهلها
فأنزل الله تعالى يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن فقيل له راجعها
فإنها صوامة قوامة وهي من نسائك في الجنة وقوله لعدتهن أي في طهرهن إذا
لم تجامعوهن فيه وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقرأ فطلقوهن لقبل عدتهن
قال الشافعي والمعنى واحد وقال تعالى الطلاق مرتان فإمساك بمعروف
أو تسريح بإحسان وفي قوله الطلاق مرتان تأويلان أحدهما أنه بيان لعدد
الطلاق وتقديره بالثلاث وأنه يملك الرجعة في الاثنتين ولا يملكها في الثالثة
وهو قول عروة وقتادة روى هشام بن عروة عن أبيه قال كان الرجل يطلق
ما شاء ثم إن راجعها قبل أن تنقضي عدتها كانت زوجته فغضب رجل من
الأنصار على امرأته فقال لا أقربك ولا تخلصين مني قالت له وكيف قال أطلقك
فإذا دنا أجلك راجعتك ثم أطلقك فإذا دنا أجلك راجعتك فذكرت ذلك للنبي صلى
الله عليه وسلم فأنزل الله تعالى الطلاق مرتان الآية فقدره بالثلاث ولذلك قال
عروة نزل الطلاق موافقا لطلاق الأعشى يقتدي به بالثلاث حين يقول

أجارتنا بيني فإنك طالقه ... وموموقة ما دمت فينا ووامقه
أجارتنا بيني فإنك طالقه ... كذاك أمور الناس تغدو وطارقه
وبيني فإن البين خير من العصا ... وأن لا تزالي فوق رأسك بارقه

والتأويل الثاني أنه بيان لسنة الطلاق أن يوقع في كل قرء واحدة وإن لا
يجمع بينهن في قرء واحد وهو قول ابن مسعود وابن عباس ومجاهد وأبي حنيفة

وفي قوله فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان تأويلان أحدهما أن الإمساك بالمعروف الرجعة
بعد الثانية والتسريح بالإحسان الطلقة الثالثة روى سفيان عن إسماعيل
بن سميع عن أبي رزين قال جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله الطلاق
مرتان فأين الثالثة قال فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان وهذا قول
عطاء ومجاهد والتأويل الثاني فإمساك بمعروف الرجعة بعد الثانية أو تسريح
بإحسان هو الإمساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها وهذا قول السدي والضحاك
وقال تعالى فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وقال تعالى لا جناح
عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن الآية وأما السنة فروى حميد بن عبد الرحمن عن أبي
موسى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول أحدكم لامرأته قد طلقتك
قد راجعتك ليس هذا طلاق المسلمين طلقوا المرأة في قبل عدتها وروى محارب
بن دثار عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أبغض الحلال إلى الله الطلاق
وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح
والطلاق والعتاق وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها
وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه تزوج العالية بنت ظبيان فلبثت عنده ما شاء
الله ثم طلقها فإذا ثبت إباحة الطلاق بالكتاب والسنة وما انعقد عليه
إجماع الأمة فالطلاق في اللغة هو التخلية مأخوذ من قولهم نعجة طالق إذا
خليت مهملة بغير راع ومنه قول الشاعر

تأذرها الراعون من سوء سمتها ... فطلقة طورا وطورا تراجع

فصل والطلاق لا يصح إلا من زوج ولا يقع إلا على زوجة ويختص الزوج
بالطلاق وإن اشترك الزوجان في عقد النكاح وهو أحد ما فضلت به الرجال
في قوله تعالى وللرجال عليهن درجة أن الرجل يملك الطلاق والمكان الرجوع(?)
وإنما قلنا لم اشترك الزوجان في النكاح وتفرد الزوج بالطلاق فعلى(?)
لأمرين أحدهما أنه لما اشترك الزوجان في الاستمتاع جاز أن يشتركا في عقد النكاح

ولما اختص الزوج بالتزام المؤونة جاز ان يختص الزوج بايقاع الفرقة والثاني
ان المراة لم يجعل الطلاق اليها لان شهوتها تغلبها فلم يؤمن منها معاجلة
الطلاق عند التنافر والرجل اغلب لشهوته منها وانه يؤمن منه معاجلة
الطلاق عند التنافر **مسألة** قال الشافعي رضي الله عنه وطلق ابن عمر امراته
وهي حائض في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اخر الفصل الطلاق
ينقسم ثلثة اقسام طلاق سنة وطلاق بدعة وطلاق لا سنة ولا بدعة فاما
طلاق السنة فهو طلاق المدخول بها في طهر لم يجامع فيه واما طلاق
البدعة فطلاق [illegible] الحائض والطاهر التي قد جومعت في طهرها واما
الحائض فانما كان طلاقها بدعة لانها طلقت في زمان لا تحتسب به من عدتها واما
المجامعة في طهرها فلانه لا يعلم امرها هل علقت منه فلا تعتد بالطهر
وتعتد بوضع الحمل او لم تعلق منه فتعتد بالطهر واما التي لا سنة في طلاقها
ولا بدعة فخمس الصغيرة والموئسة والحامل وغير المدخول بها والمختلعة
اما الصغيرة والموئسة فلاعتدادهما بالشهور التي لا تختلف بحيض ولا طهر
واما الحامل فلاعتدادها بوضع الحمل الذي لا يؤثر فيه حيض ولا طهر
واما غير المدخول بها فلانه لا عدة عليها ولا يؤثر فيها حيض او طهر واما
المختلعة فلان خوفهما من ان لا يقيما حدود الله يقتضي تعجيل الطلاق من غير اعتبار
سنة ولا بدعة واذا انقسم الطلاق على هذه الاقسام الثلثة فقسمان
منها مجمع على وقوع الطلاق فيهما احدهما طلاق السنة مجمع على وقوعه والثاني
ما لا سنة فيه ولا بدعة مجمع على وقوعه والثالث مختلف فيه وهو طلاق البدعة
في حيض او في طهر مجامع فيه فهو محظور محرم بوفاق واختلف في وقوعه
مع تحريمه فمذهبنا انه واقع وان كان محرما وهو قول الصحابة والتابعين
وجمهور الفقهاء وحكي عن ابن علية والشيعة وبعض اهل الظاهر انه غير واقع
استدلالا بقول الله تعالى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن [illegible]
ذلك الغرض من المأمور به والمنهي عنه في [illegible] الموضوع بما اقتضى الامر [illegible]

57 ٥٧

في التحريم ومما روى ابن جريج عن ابي الزبير قال سال رجل عبد الرحمن بن عبد
الله بن عمر وابن الزبير يسمع عن رجل طلق زوجته وهي حائض فقال ابن
عمر طلقت زوجتي وهي حائض فسأل عمر النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فردها
علي ولم يره شيئا وهذا نص في انه لا يقع ولو وقع لرآه شيئا ولان النكاح
قد يحرم في وقت وهو في العدة والاحرام ثم تحريم الطلاق في وقت
وهو الحيض والطهر المجامع فيه ثم كان عقد النكاح في وقت تحريمه
باطلا وجب ان يكون الطلاق بمثابته اذا وقع في وقت تحريمه ولانه
لو وكل وكيلا في طلاق زوجته في الطهر فطلقها في الحيض لم تطلق
لاجل مخالفته وايقاع الطلاق في غير وقته مخالفة لله تعالى في
وقت الطلاق اولى ان لا يقع بها طلاق وهذا خطأ ودليلنا ما رواه
الشافعي عن مالك عن نافع عن ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض في عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن ذلك فقال مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر
ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي
امر الله عز وجل ان يطلق لها النساء فموضع الدليل منه انه امر بالرجعة
موجب لوقوع الطلاق لان الرجعة لا تكون الا بعد الطلاق فان قيل
امره بالرجعة انما هو امر بردها الى بيته قلنا هذا فاسد من وجهين
احدهما ان الرجعة بعد ذكر الطلاق تنصرف الى رجعة الطلاق
والثاني انه ما ذكر اخراجها فيؤمر بردها وانما ذكر الطلاق فكان منصرفا
الى رجعتها وانا لنا ان المسلمين جعلوا طلاق ابن عمر هذا اصلا في
طلاق الرجعة وحكم الطلاق وحكم العدة ووقوع الطلاق في الحيض
ولم يتأولوا هذا التأويل فبطل بالاجماع وروى الحسن عن عبد
الله بن عمر قال طلقت امرأتي وهي حائض طلقة واردت ان اتبعها

طلقتين فسالت النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال لو راجعتها قلنا ارايت
لو طلقتها ثلثا قال كنت قد اسات زوجتك وعصيت ربك وهذا نص في وقوع
الطلاق في الحيض مع توجه النهي عليه ذلك التغليظ ومن القياس انه طلاق مكلف
صادف ملكا فوجب ان يقع كالطاهر ولان وقوع الطلاق تخفيف ووقوعه
تغليظ لان طلاق المجنون لا يقع تخفيفا وطلاق السكران يقع تغليظا لان المجنون
ليس بعاص والسكران عاص فكان المطلق في الحيض اولى بوقوع الطلاق تغليظا
لان المجنون ليس بعاص والسكران عاص فكان المطلق في الحيض اولى بوقوع الطلاق
تغليظا ولان رفع عقد تخفيفا ولان النهي اذا كان لمعنى في المنهي عنه لم يكن
النهي موجبا لفساد ما نهي عنه كالنهي عن البيع عند نداء الجمعة لا يوجب فساد
البيع فلما كان النهي عن الطلاق في الحيض انما هو لاجل تطويل العدة لا لاجل
الحيض لم يمنع النهي عنه من وقوع الطلاق فيه فاما ما استدلا به من الآية فمقصودها
يوجب وقوع الطلاق في العدة ودليلها يقتضي ان لا يقع الطلاق في
العدة لمراد اعتراض دليل الخطاب لنص صريح عن موجبه وقد عارضه
من حديث ابن عمر ما يوجب صرفه عن موجبه واما استدلالهم بقول ابن
عمر فردها علي ولم يرها شيئا فضعيف لتفرد ابن الزبير به وخالفه جميع
الرواة فيه مع ان قوله لم يرها شيئا يحتمل انه لم يره اثما ولم يره شيئا لا يقدر
على استئنافه لانه قد يستدرك بالرجعة واما استدلالهم بالنكاح فالفرق
بين النكاح حيث يبطل عقده حال التحريم وبين الطلاق حيث لزم ما يقع
فيها حال التحريم ان الطلاق اوسع حكما واقوى نفوذا من النكاح لوقوع الطلاق
مباشرة وسراية ومعجلا ومؤجلا وبصفة وعلى غرر لا يصح النكاح مثله
فجاز ان يقع في وقت تحريمه وان لم يصح عقد النكاح في وقت تحريمه واما
استدلالهم بالوكيل فالجواب عنه ان الوكيل اذا طلق الآن زالت
وكالته وليس يرجع بعد زوالها الى ملكه فرد تصرفه والزوج اذا راجع
بعد الحنث لعاد الى ملكه فجاز تصرفه
مسئلة

فاذا اراد ان يطلق واحب ان يطلق واحدة لتكون له الرجعة للمدخول بها
وخاطبا لغير المدخول بها ولا يحرم عليه ان طلقها ثلثا كما قال فيه
ا/ علمه الزوج من عدد الطلاق واكثر من ثلث لما قدمنا من قول الله تعالى
الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان فاذا اراد ان يطلق ثلثا
فالاولى والمستحب ان يفرقها في ثلثة اطهار فيطلق في كل طهر واحدة لا يجمعهن
في طهر ليخرج بذلك من الخلاف ومما يتعقبه من الندم وان طلقها ثلثا في
وقت واحد وبعد الثلث ولم يكن محرمة ولا بدعة والسنة والبدعة في زمان
الطلاق لا في عدده قال ومن الصحابة الحسن بن علي وعبد الرحمن بن عوف ومن
التابعين ابن سيرين ومن الفقهاء احمد بن حنبل وحكي عن الشيعة وداود بن علي
وطائفة من اهل الظاهر ان طلاق الثلث لا يقع واختلف القائلون بهذا
هل يكون واحدة ام لا فقال المغربي يكون واحدة وقال الاخرون لا يقع منهن شيء
وقال ابو حنيفة طلاق الثلث واقع لكنه حرام مبتدع وبه قال من الصحابة
عمر بن الخطاب وعبد الله ابن عباس وعبد الله ابن عمر وعبد الله بن مسعود
ومن الفقهاء مالك والعراقيون واستدل من منع من وقوع الطلاق الثلث
بان الله تعالى فرق وقوع الطلاق الثلث بقوله الطلاق مرتان فامساك بمعروف
او تسريح باحسان فلم يجز ان يجمع ما امر بتفريقه لانه ارتكاب ما نهي عنه وما حرم
من الطلاق لم يقع كالرابعة وبما رواه عبد الله بن عباس قال كان الطلاق
الثلث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وايام ابي بكر وصدر من ايام عمر واحدة
فقال عمر قد استعجلتم في امر كان لكم فيه اناة وجعله ثلثا والخبر الثاني
حاله قد كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ارتفع النسخ بموته
وبما رووه عن معونه ابن عمار عن ابي الزبير عن ابن عمر انه طلق امراته ثلثا
في الحيض فاستفتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره ان يراجعها فاذا طهرت تستقبل بها العدة
ان شاء طلق وان شاء امسك وهذا نص فيه
فصل

واستدل ابو حنيفة على ان طلاق الثلث محرم وان كان واقعا بقول
الله تعالى اذا طلقتم النسا فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة فتضمنت
الاية تفريق الطلاق في الاطهار من وجهين احدهما قوله واحصوا العدة
واحصاوها انما يكون ان يطالب الوقوع الطلاق فيها والثاني قوله لعل
الله يحدث بعد ذلك امرا يعني الرجعة والرجعة لا يكون الا في الثلث
وانما يكون دون الثلث وبقوله تعالى الطلاق مرتان فدل على ان الحكم
ان يكون مرة ومرة وما روي عن عبد الله ابن عمر انه قال طلقت امراتي وهي
حايض فقال النبي صلى الله عليه وسلم هذا امر ربك انما السنة ان يستقبل بها
الطهر ثم تطلقها في كل قرء طلقة وبما رواه الحسن عن ابن عمر انه قال
طلقت امراتي وهي حايض طلقة واردت ان اتبعها طلقتين فسالت النبي صلى
الله عليه وسلم عن ذلك فقال راجعها فقلت ارايت لو طلقتها ثلثا قال كنت قد
ابنت زوجتك وعصيت الله فلولا ان جمع الثلث محرم ما كان عاصيا
وبما رواه ابراهيم بن عبد الله بن عبادة بن الصامت عن ابيه عن جده انه
قال طلق بعض ابائي امراته الفا فانطلق بنوه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقالوا انا ابانا طلق امنا الفا فهل له من مخرج فقال ان اباكم لم يتق الله فيجعل
له من امره مخرجا بانت منه بثلث على غير سنة وتسع مائة وسبعة وتسعون
اثم في عنقه ولانه اجماع الصحابة وروي عن عمر بن الخطاب انه كان اذا اتي برجل
قد طلق امراته ثلثا اوجع ظهره وان رجلا اتى عبد الله بن عباس فقال
ان عمي طلق امراته ثلثا فقال ابن عباس ان عمك عصى الله واثم واطاع الشيطان
فلم يجعل له مخرجا وان عليا وابن عباس اجراه فكان اجماع القوم المخالف فيه
ولان عددا يتعلق به البينونة فوجب ان يحرم كاللعان ودليلنا على الوسعة
قول الله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة
فكان رفع الجناح عن غير تمييز العدد يوجب التسوية بين الاعداد [illegible]

وروى سهل بن سعد الساعدي ان النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين
عويمر العجلاني وامراته قال كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلثا فلو
كان الجمع بين الطلاق الثلث محرما لاجابه النبيه ولاخبره رسول الله صلى الله عليه
وسلم وانكره لانه لا يقر على منكر وروي ان ركانة بن عبد يزيد طلق امراته
البتة فاخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال له ما اردت بالبتة
قال واحدة فاحلفه انه ما اراد الا بها فدل على وقوع الثلث لو ارادها
من غير حظر ثم روى سلمة بن ابي سلمة عن ابيه عن حفص بن عمرو بن المغيرة
طلق فاطمة بنت قيس ثلثا بكلمة واحدة فلم ينكره رسول الله صلى الله عليه وسلم
عليه وان عبد الرحمن بن عوف طلق تماضر بنت الاصبغ الكلبية ثلثا في مرضه
فلم ينكره الصحابة وعاصرها وهو ام ابي سلمة ابن عبد الرحمن فولد ذلك من رسول
الله صلى الله عليه وسلم عليه ومن الصحابة تفيد عدم الجناح في الجمع بين الثلث
وروي عن الحسن ابن علي ان امراته عائشة الخثعمية قالت له بعد قتل
ابيه ليهنك الخلافة يا امير المؤمنين فقال اظهرت الشماتة بقتل امير المؤمنين
وانت طالق ثلثا فلم ينكر ذلك احد من الصحابة فدل على
الجنة عندهم وروي عن علي رضي الله عنه انه سئل عمن طلق امراته
مائة طلقة فقال ثلث تبينها وسائرها على نسايها ومن القياس انه طلاق
وقع في طهر لم يجامعها فيه فوجب ان يكون مباحا كالطلقة الاولى
ولان كل طلاق جاز تفريقه جاز جمعه اصله طلاق الزوجات [illegible]
ان الجمع في الطلاق [illegible] ولان كل طلاق جاز تفريقه في الاطهار
جاز ايقاعه في طهر اصله اذا طلق في طهر ثم راجع فيه ثم طلقها ثم راجع
وان الثلث لفظ يقطع الرجعة فجاز ايقاعه في طهر لاجماع فيه كالواحدة
بعد الستر او الخلع فاما الجواب عن قوله تعالى الطلاق مرتان فمن وجهين احدهما
ان المقصود به عدد الطلاق وانه ثلث وانه يملك الرجعة [illegible]

دلالة انها بعد الثالثة حتى تنكح زوجا غيره ولم يرد به تفريق الطلاق
او جمعه والثاني ان قوله الطلاق مرتان يقتضي في وقت واحد
في وقتين كما قال تعالى نؤتها اجرها مرتين يعني اجرين في وقت واحد
اثنين ومنهم من يجوزون وقوع الطلقتين في وقت ثم يجوزون
وقوع الثلث واما الجواب عن الاسناد الى حديث ابن عمر فهو
انه لم يطلق الا واحدة في الحيض وقول النبي صلى الله عليه وسلم لو طلقتها
ثلثا كانت ابنت امراتك وعصيت ربك يقوي انها عصى لانه لا يكون الجمع
بين من واما ابن له في الكبر الثاني ان يطلق في كل طهر واحدة
فقد طعن فيه اصحاب والنذب واما الجواب عن حديث [illegible]
فمن من وجهين احدهما ان الدارقطني رواه وذكر انه ضعيف مجهول الراوي
والثاني ان قوله طلقها على غير السنة لانه طلقها الفا وهو لا يملك
الا الثلث واما الجواب عن استدلالهم بالاجماع فهو غير منعقد من دونا
خلافه من الصحابه وقد اختلفت الروايه عن ابن عباس روى سعيد
بن جبير ان رجلا اتى ابن عباس فقال اني طلقت امراتي الفا فقال
اما ثلث فيحرم عليك امراتك وبقيتهن وزر اتخذت ايات الله هزوا
واما الجواب عن ما تمسكهم به من اللعان من ثلثة اوجه احدها ان الفرقة
لا تقع عقيبه ولم يقع باللعان حتى يوقعها الحاكم فلم يجز ان يكون اصلا لما
يوقع الفرقة والثاني ان تفرد الطلاق لا يصح مجموعه موقع
مفرقة والطلاق يصح مجموعه فلم يجب تفريقه والثالث انه لما جاز
على اللعان في وقت واحد اقتضى ان يجوز عنده الطلاق في وقت
واحد واما استنادهم الى من انكر وقوع الثلث فحديث ابن عباس عن عمر
فهو ضعيف لا يعرفه اصحاب الحديث ولو سلمناه لاحتمل قوله كان الطلاق
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وايام ابي بكر وصدر من خلافة عمر

واحدة فقال عمر قد تتابعتم في امر كان لكم فيه اناة فجعله ثلثا في قول الرجل انت
انت طالق انت طالق انت طالق فانه ان اراد بالثانية والثالثة التاكيد
طلقت واحدة وان اراد الاستيناف طلقت ثلثا وان لم يكن له ارادة ففيه قولان
احدهما قاله في الاملاء تطلق واحدة والثاني قاله في الام تطلق ثلثا فيعلم
عمر انهم كانوا يريدون به التاكيد فيلزمه واحدة ثم صاروا يريدون به
الاستيناف فجعله ثلثا وانما حملناه على هذا الاحتمال مع بعده لان عمر لا يجوز
ان يخالف رسول الله صلى الله عليه وسلم في شيء من دينه ولو خالف لما اقره الصحابة
على خلافه الا ترى انه يقول اتقوا الله في صدق النساء فلو كانت مكرمة لكان اولاكم بها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقامت اليه امراة فقالت يعطينا الله ويمنعنا ابن
الخطاب قال الله تعالى واتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا فقال
عمر كل الناس افقه من عمر حتى امراة لا يفعل الرجل ما له ما شاء وهم ان يخالف
بين ديات الاصابع حتى روي له عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الاصابع الدية
في احداها نصف الدية وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل فرجع عما هم به
وسوى بين دياتها واما استدلالهم بما رووه عن ابن عمر انه طلق امراته ثلثا
فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يراجعها فلا يعرفه اهل الحديث واما الخبر
انه قال ارايت لو طلقتها ثلثا فقال كنت ابنت امراتك وعصيت ربك ولو
صح لما تعلقوا به انه طلقها ثلثا في ثلثة اوقات فامره بالرجعة في احداهن
لانه قد روي انه طلقها واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
ثم طلقها ثانية على عهد ابي بكر ثم طلقها الثالثة في زمن عمر وضبط الرواة طلاقه على
ما ذكرناه ما يقتضي ان يكون رواية من اطلق محمولة على تفصيل الرواة والله اعلم
مسئلة قال الشافعي ولو طلقها طاهرا بعد جماع احببت ان يرتجعها
ثم يمهل ليطلقها كما امر الله قد ذكرنا ان الطلاق ضربان احدهما
طلاق في الحيض والثاني الطلاق في طهر قد جومعت فيه اما طلاق الحيض

والخروج علی واحد فهو ان بعده حيضها غير محتسب به من عدتها
عند من جعل الاقراء الاطهار وعند من جعلها الحيض فصارت بالطلاق
فيه غير مدخول بها ولا معتده واما المطلقة في الطهر المجامع فيه فالتحريم
عليها من احدهما ارتياب ما علقت من وطئه فصارت له ام ولد فلحقه ندم
من طلاق ام ولده والثانيه ارتياب فيصير ارتيابه بعدها هل علقت من
وطئه فتكون عدتها بوضع الحمل او لم تعلق فتكون بالاقراء فيها بعينه
بعينه طهرها فاما اذا طلق احدى هاتين المرأتين حال الحيض او في
طهر جامعها فيه فقد طلقها طلاقا قد عصى بها واستحببنا له ان يراجعها
لامر رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن عمر حين طلقها في الحيض ان يراجع واستدراكا
لمواقعة المحظور بالاقلاع عنه ولا تجب عليه الرجعة وان وجبت في طلاق
الحائض استدراكا لا يعتدين والدليل على ان الرجعة ليست واجبة
وان استحبت قول الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان فجعله
من الرجعة والترك وقال تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا
اصلاحا فدل هذا على ان الرجعة غير واجبة من وجهين احدهما انه جعلها
حقا للازواج والتعليم والثاني انه قيدها بارادة الاصلاح ولان الرجعة
اما ان تراد لاستدامة العقد او لاعادته فان اريد بها اعادته لم تجب
لان ابتداء النكاح لا يجب وان اريدت لاستدامته لم تجب لانه لو رجعة بالطلاق
ولان تحريم الطلاق في الحيض كتحريمه في طهر جامع فيه ثم لم تجب الرجعة
في طهر الجماع فكذلك في الحيض فاما حديث ابن عمر وقول النبي صلى الله عليه وسلم
مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلق بعد وان شاء امسك
فعنه جوابان احدهما انه لما لم يأمر بعد وجعل عمر هو الامر له بقوله
مره فليراجعها دل على ان الامر معدول به عن الوجوب الى الاستحباب
لانه عدل به عن من تجب اوامره الى من لا تجب والثاني ان قوله

ثم ان شاء طلق وان شاء امسك يرجع المشيئة الى جميع المذكور من الرجعة
والطلاق وما رد الى مشيئته فلا يلزمه فيجب واما استدلاله بان فيه
استدراكا لمواقعة المحظور فهو وقوع الطلاق والطلاق الواقع
لا يستدرك بالرجعة وانما يقطع تحريمه ۞ فصل
فاذا ثبت ان الرجعة مستحبة غير واجبة فهي في المدخول بها اذا طلقت
اقل من ثلث لان غير المدخول بها لا رجعة لها والبائن لا رجعة معها
فتكون الرجعة مع هذين الشرطين في الزمان الذي تستحق فيه الرجعة
مقدرا وان كان التي في قد المطلقة فان طلقت في الحيض كان الامر
بارتجاعها ما كانت حيضتها باقيا فان طهرت من تلك الحيضة التي طلقت فيها
سقط استحباب الرجعة وكانت بالخيار لانها قد صادفت في طهر
لا يحرم عليه طلاقها فيه ثم يوم بارتجاعها فيه وان طلقت في طهر
قد جومعت فيه كان مامورا بارتجاعها في بقية طهرها وفي الحيضة التي
بعد طهرها فان راجعها في هذه الحال فقد اتى بما امر به وسن له
وان لم يراجعها حتى دخلت في الطهر الثاني الذي لا يحرم عليه طلاقها
فيه سقط ما كان مندوبا اليها من الرجعة وكانت بالخيار ۞ فصل
فاما حديث ابن عمر فقد رواه نافع عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلق بعد وان شاء
امسك فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها النساء ورواه سالم ويونس
بن جبير عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر
ثم ان شاء طلق بعد وان شاء امسك فتلك العدة التي امر الله ان تطلق لها
النساء فزاد نافع على سالم ويونس زيادة طهر لان رواية سالم حتى تحيض ثم
تطهر ثم ان شاء طلق فاذن له ان يطلق في الطهر الاول بعد الحيضة

التي طلق منها وهذا صحيح وفي رواية نافع حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر
ثم ان شاء طلق فاذن له ان يطلق في الطهر الثاني دون الاول والطلاق
في الطهر الاول كالطلاق في الطهر الثاني فاختلف اصحابنا في اي الروايتين
اثبت واصح فقال بعضهم الاصح رواية سالم ويونس واما نافع فوهم في زيادة
الطهر الثاني لان حكم الطلاق في الطهر الاول كحكم الطلاق في الطهر الثاني
وقال اخرون من اصحابنا ان رواية نافع اصح واثبت وانما حذف سالم
ويونس ذكر الطهر الثاني اختصارا لان نقل فاذا كانت رواية
نافع اصح فلم اذن له ان يطلق في الطهر الثاني ولم ياذن له ان يطلق في
الطهر الاول وهما في الحكم سواء فقد اجاب اصحابنا عن هذا باربعة
اجوبة احدها انه لما كان طلاق ابن عمر في الحيض موجبا للتغليظ
عليها قابله رسول الله صلى الله عليه وسلم على طلاق العقوبة له بتطويل
الرجعة الى الطهر الثاني وان جاز في الطهر الاول والجواب
الثاني انه لما اوقع ابن عمر الطلاق في غير زمانه قابله رسول الله صلى
الله عليه وسلم باستدامة الرجعة بعد زمانها والجواب الثالث ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم احب ان يحقق رجعته بعود دخلها بالوطي فيها
وزمان الوطي بعدها هو الطهر الاول فاذا وطي فيه حرج ان يقع
الطلاق فيه وكان طلاقه بدعة فلذلك لم ياذن له ان يطلق فيه واذن
له ان يطلق في الطهر الثاني والجواب الرابع ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم احب ان يحمل الاستبا بعد الرجعة وكان لا يكون يطهر بعد
حيضة كاملة والطهر الاول لم يكن بعد حيضة كاملة الى الطلاق
كان في تضاعيفها واما الطهر الثاني بعد حيضة كاملة فلذلك صار
له ان يطلق فيه والله اعلم **مسألة** قال الشافعي

ولو لم يدخل بها او دخل وكانت حاملا او الحيض من صغر او كبر فقال
انت طالق للسنة او للبدعة طلقت مكانها لانه لا سنة لها ولا بدعة
اعلم ان النساء ضربان ضرب لا سنة في طلاقهن ولا بدعة وضرب يتعلق بطلاقهن
حكم السنة والبدعة فاما اللاتي لا سنة في طلاقهن ولا بدعة فاربع احداهن
الصغيرة التي لم تحض والثانية الكبيرة التي قد يئست من الحيض والثالثة الحامل
والرابعة غير المدخول بها وتردد في المختلعة ان لا سنة في طلاقهن ولا بدعة
مع المختلعة التي وان كانت بالحيض والطهر من اهل السنة والبدعة
فقد صف الخلع طلاقها حتى ان يكون لسنة او بدعة واما التي يتعلق بطلاقها
حكم السنة والبدعة فهي المدخول بها اذا كانت حاملا من ذوات الطهر والحيض
فتصير من اهل السنة والبدعة في الطلاق باجتماع ثلاثة شروط ان يكون مدخولا
بها وان لا تكون حاملا وان تكون من ذوات الاقراء بالحيض والطهر **فصل**
فاذا ثبت ما وصفنا فهذه المسألة مصورة على الطلاق من لا سنة في طلاقها ولا
بدعة من النساء الاربع الصغيرة والمؤيسة والحامل وغير المدخول بها
فاذا قال لواحدة منهن انت طالق للسنة طلقت في الحال ولم يكن طلاق
سنة لانها ليست من اهل السنة ثم اعاد ذلك فيها وهكذا لو قال
لواحدة منهن انت طالق للبدعة طلقت في الحال ولم يكن طلاق بدعة لانها
ليست من اهل بدعة حتى يراعا ذلك فيها فان قيل فهلا انتظر فيها
ان تصير من اهل السنة والبدعة فتطلق للسنة وللبدعة كما
ينتظر بذات الاقراء اذا قيل لها انت طالق للسنة ان تطهر فتصير من اهل
السنة فيقال ذات الحيض والطهر من اهل السنة والبدعة فانتظر
بطلاقها ان يكون للسنة او للبدعة وهؤلاء الاربع ليس من اهل
السنة والبدعة فلم ينتظر بطلاقهن ما لا يصرن من شيئه

والبدعة فإن الآيسة لما لم تكن من أهل الطلاق لم يشترط بها عقد
النكاح لوقوع الطلاق. **فصل** فلو قال لأحدها ولا الأخرى أنت
طالق للسنة إذا صرت في الطلاق من أهل السنة روعي ذلك فيمن أمكن
مراعاته فيها واشترط بها أن تصير من أهل السنة لأنه طلاق معلق بشرط
فلم يقع قبل وجود الشرط والفرق بين الأمرين أنه هنا اشترط الطلاق
واشترط في الصفة الطلاق فلم يشترط إذا أطلق فلذلك لو كانت صغيرة اشترط
بها أن تحيض ثم تطهر فتطلق وإن كانت حاملا اشترط بها أن تضع حملها
وتنقضي نفاسها فتطهر فتطلق وإن كانت غير مدخول بها اشترط بها أن
يجامعها ويمضي طهر الجماع والحيض الذي بعده ثم تطهر فتطلق وأما
الموئسة فلا اشترط بها ذلك لأنه لا يتعلق بها فلا يقع الطلاق عليها وعلى هذا
لو قال لهؤلاء الأربع ولا الأخرى أنت طالق للبدعة إذا صرت في الطلاق
من أهل البدعة روعي ذلك فإن كانت صغيرة اشترط بها أن تحيض فتطلق
وإن كانت غير مدخول بها اشترط بها أن يجامعها فتطلق سواء جامعها
في طهر أو حيض لأنها تصير بعد جماعه من أهل البدعة في الحالين
وإن كانت حاملا اشترط بها أن تضع حملها ثم تطلق في أول نفاسها فإن
لم تر بعد ولادتها دم نفاس لم تطلق حتى يجامعها في طهرها سواء قيل بوجوب
الغسل عليها في أحد الوجهين أو سقوطه عنها في الوجه الثاني
لأن الغسل إن وجب فلوضع الحمل الجاري مجرى الإنزال لا لأنه لأجل
النفاس. **فصل** ولو قال لإحداها ولا الأربع أنت طالق للسنة
وقال أردت بسنتي أنها تطلق إذا صارت من أهل السنة لم يقبل
ذلك منه في ظاهر الحكم وألزمه الطلاق إلا أن تصير فيه
من أهل السنة وحمل ذلك على قوله أنت طالق ولو أراد
به ذلك أن يحلف لأنه لم يقبل منه في ظاهر الحكم ودين فيما

بينه وبين الله تعالى في الباطن فلم تطلق إلا بدخول الدار وهكذا
لو قال لإحداهن أنت طالق للبدعة وقال أردت بسنتي أنها تطلق
إذا صارت من أهل البدعة لم يقبل منه في ظاهر الحكم والتزم تعجيل
الطلاق ودين في الباطن ولم يلزمه الطلاق إلا أن تصير إلى تلك
الحال. **فصل** ولو قال لإحداهن ولا الأربع أنت طالق للسنة
إن كان يقع عليك طلاق السنة فهذا على ضربين أحدهما أن يقول ذلك مع
الشك من حالها لأنه شك في الصغيرة هل حاضت أو لم تحض أو شك في الحامل
هل هو حمل أو غلط أو شك هل هو في الموئسة هل انقطع حيضها أو تأخر
أو شك في غير المدخول بها هل كان قد دخل بها أو لم يدخل فلا طلاق عليه
في الحال ولا إذا صارت من أهل السنة في ثاني حال لأنه علق ذلك بوجود
الشرط في الحال. والضرب الثاني أن يقول ذلك وهو على يقين أنها ليست في الطلاق
من أهل السنة ففيه وجهان أحدهما أنه شرط ملغى لأنها لا يقع الطلاق في
الحال والوجه الثاني أنه معتبر مع الحالة فلا يقع الطلاق في الحال ولا
إن صارت من أهل السنة في ثاني حال كما لو قال أنت طالق إن صعدت السماء لم تطلق
وإن علق بها مستحيل فعلى هذا لو قال لإحداهن أنت طالق للبدعة إن كان يقع
عليك طلاق البدعة فإن كان مع الشك لم يقع الطلاق وإن كان مع اليقين
فعلى وجهين. **فصل** ولو قال لإحداهن ولا الأربع أنت طالق للسنة والبدعة
طلقت في الحال لأنه يجمع بين صفتين متضادتين فيلغى اجتماعهما في الشاهدين
وأنها حالها في هذا الاجتماع خصوصا فألغي الصفتان ووقع الطلاق ولو قال
لإحداهن أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال ومن صفته بهذا الحكم
أن لا سنة في طلاقها ولا بدعة. **فصل** وإذا رأت الحامل دما يصادف
الحيض صفة وقدرا فقال لها أنت طالق للسنة أو قال للبدعة

فهو على الخلاف في قولي الشافعي في الدم على الحمل هل يكون حيضا ام لا فعلى
قوله في القديم لا يكون حيضا ويكون دم فساد فعلى هذا لا يكون طلاق الحامل
ذات الاقراء فاذا قال لها انت طالق للسنة طلقت في الحال سواء كانت في حال الدم او بعد
انقطاعه ولم يكن طلاق سنة وان قال انت طالق للبدعة طلقت في الحال ولم يكن طلاق
بدعة والقول الثاني وهو قوله في الجديد ان الدم على الحامل اذا صادف زمن الحيض
في الصفة والقدر كان حيضا فعلى هذا اذا قال لها انت طالق للسنة نظر فان
كان بعد انقطاع حيضها طلقت وان كان في وقت حيضها ففي وقوع طلاقها
وجهان احدهما وهو قول ابي اسحاق المروزي انها تطلق فيه لكونه حيضا فصار
حيض الحائل والقول الثاني وهو قول اكثر اصحابنا انها تطلق في حال الحيض
لان الحائل انما يعتبر بالطهر دون الحيض ولذلك صار طلاقها في الحيض بدعة
والحامل تخرج من العدة بوضع الحمل دون الطهر والحيض فلم يكن طلاقها في الحيض
وعلى هذا لو قال وهي حائض على الحمل انت طالق للبدعة فان كان ذلك
في حال حيضها وان كان في حال طهرها فعلى ما ذكرنا من الوجهين احدهما
انها تطلق في الحال اذا قيل ان طلاقها في الحيض ليس ببدعة والوجه
الثاني انها لا تطلق الا في الحيض اذا قيل ان طلاقها في الحيض بدعة
فعلى هذا الوجه لو لم يطلقها حتى ولدت طلقت في نفاسها بعد الولادة
لما قد استثنا على هذا الوجه حكم هذه الصفة فلذلك وجب ان يطلقها
ولو لم اختلف اصحابنا ان وطيها في طهرها على الحمل لا يكون الطلاق
فيه طلاق بدعة وهذا يقتضي ان يكون طلاقها في الحيض لا يكون طلاق بدعة

فصل واذا تزوج حاملا من زنا فيجوز نكاحها عندنا وجاز له وطئها
في طهرها وان كان لها في ملكه فان طلقها للسنة وان لم يكن دخل بها فيقع طلاقها
لانه غير مدخول بها لا سنة في طلاقها ولا بدعة وان دخل بها فيقع طلاقها

والظاهر انها ان تقضي طهرها وتطلق من نفاسها فتطلق في اول طهرها بعد النفاس
حالا في الحامل منه والفرق بين الحامل منه وبين الحامل من زنا حيث لم يكن طلاق
الحامل منه سنة ولا بدعة وكان طلاق الحامل من زنا سنة وبدعة لانه
اذا طلق الحامل منه بوضعه فارتفع السنة والبدعة في طلاقها واذا
طلق الحامل من زنا لم تعتد بوضعه واعتدت بالاقرا فثبت السنة
والبدعة في طلاقها فعلى هذا لو كانت تحيض على الحمل وان لم نجعله على قوله
في القديم حيضا لم نجعله وان جعلناه حيضا على قوله في الجديد اعتبرناه
والطهر منه على الحمل طلقت وعلى هذا لو قال لها انت طالق للبدعة
وقد جامعها على حملها وقع عليها في الحال طلاق البدعة لان حكم هذا الحمل ملغا
وهو طهر قد جومعت فيه فكان الطلاق طلاق بدعة ولو حاضت على حملها
وجعلناه حيضا وطهرت منه ثم طلقها للبدعة لم تطلق الا ان تحيض على الحمل
فتطلق او يطاها في هذا الطهر فتطلق او تضع حملها وتطهر من نفاسها ثم
ويعتبر فيه فتطلق ان الطلاق في الحيض بدعة وفي طهر الجماع بدعة وفي النفاس
بدعة والله اعلم **فصل** ولو قال لزوجته وهي حامل منه اذا ولدت
فانت طالق للسنة فالطلاق معلق بالولادة فاذا ولدت لم تطلق حتى تنقضي نفاسها
لانه جعله بالولادة واقعا للسنة ولو لم يدرو حتى انقضى نفاسها فلو كانت المسالة
بحالها فولدت ولدين طلقت بعد الاول وقبل وضع الثاني لانها بوضع
الاول قد وجد شرط طلاقها وصارت مع بقاء الثاني حاملا والحامل اذا طلقت
للسنة وقع طلاقها في الحال لانه لا سنة في طلاقها ولا بدعة **مسئلة**
قال الشافعي ولو كانت تحيض فقال انت طالق ثلثا للسنة وان كانت طاهرا من غير جماع
طلقت ثلثا معا وان كانت مجامعة او حائضا او نفساء وقع الطلاق عليها حين تطهر
من الحيض والنفاس وحين تطهر من المجامعة من اول حيض بعد قوله

وقبل الغسل واذا قد سمي طلاق من السنة طلاقها والبدعة فهذه المسألة
مقصورة على طلاق ذات السنة والبدعة من ذوات الحيض والطهر وهو
الضرب الثاني من النسا وهو ان يجتمع فيها ما قدمناه من الشروط الثلث ان
تكون مدخولا بها وان تكون حاملا وان تكون رجعيا بلا وان تكون من ذوات الحيض
والطهر واما اذا اوقع الطلاق التي قد تكامل فيها شروط السنة والبدعة ان
طلاق للسنة لم يخل حالها من ثلثة اقسام احدها ان تكون طاهرا لم يجامع فيه
فيقع طلاقها في الحال لطلاق السنة والقسم الثاني ان تكون حائضا فلا
طلاق عليها في حال الحيض فاذا انقضى بقية حيضها طلقت بدخولها في اول
الطهر قبل الغسل سوا انقطع الحيض لاقله او لاكثره وقال ابو حنيفة ان
انقطع حيضها لاكثره طلقت قبل الغسل وان طلقت اذا انقطع حيضها لاقله
لم تطلق الا بعد الغسل وهذا خطأ لان ما يقع فيه طلاق السنة بعد الغسل
يقع فيه طلاق السنة قبل الغسل قياسا على اكثر الحيض ولذلك لو كانت نفساء لم تطلق
في نفاسها لان النفاس في حكم الحيض فاذا طهرت منه طلقت قبل الغسل مثل
الحيض والقسم الثالث ان تكون في طهر قد جامعها فيه فلا طلاق عليها في الحال
لانها ليست من اهل السنة في الطلاق فاذا انقضى بقية طهرها الذي جامعها
فيه وحاضت بعده حيضة كاملة ودخلت في اول الطهر الثاني طلقت
ان حسب طلاق السنة الا ان يجامعها في اخر الحيض واول الطهر فلا تطلق فيه
لانه قد ابتدا بمجامعة فصار طهرا جامعها فيه لا يقع طلاق السنة وهكذا
لو تعلق كل مع اول كل طهر لم تطلق ◦ فصل واذا قال لها انت طالق
للبدعة لم يخل حالها من الاقسام الثلثة احدها ان تكون حائضا فتطلق
في الحال لان الحيض زمان البدعة وكذلك لو كانت نفساء طلقت لان النفاس كالحيض
والقسم الثاني ان تكون في طهر جامعها فيه فتطلق لان الطهر المجامع فيه زمان
البدعة وسوا انزل او لم ينزل اذا التقا ختاناهما لانه حكم تستقر

به الدخول ويكمل به المهر ويجب به الغسل والقسم الثالث ان تكون في طهر لم يجامعها فيه
فلا طلاق حتى تحيض فتطلق لان الحيض زمان البدعة او يجامعها في ذلك الطهر
فتطلق لان الطهر المجامع فيه زمان لطلاق البدعة ثم تعتبر حال الجماع فيه لا
يخلو من ثلثة اقسام احدها ان يكون قد اولج ذكره ثم نزع واقلع فقد طلقت
بالايلاج ولم يلزمه بعد وقوع الطلاق مهر بالاخراج لانه ترك والقسم الثاني
ان يكون بعد الايلاج ثم استانف الايلاج بعده فعليه مهر مثلها بالايلاج الثاني
لانها طلقت بالايلاج الاول فصار مستانفا للايلاج الثاني بعد طلاق وجب
عليه به مهر المثل والقسم الثالث ان يكون قد استدام الايلاج ولم ينزع
حتى انهى جماعه ففي وجوب مهر المثل عليه وجهان احدهما لا مهر عليه اعتبارا
باوله انه كان فيه زوجة والوجه الثاني عليه مهر المثل اعتبارا باخره
انه كان فيه مطلقة ◦ فصل واذا قد مضى ما يقع فيه طلاق السنة وزمانه
وما يقع فيه طلاق السنة وزمانه وما يقع فيه طلاق البدعة في زمانه فقد استقر
لكل زمان الطلاقين ولغيرهما ان يقع منهما فاذا قال انت طالق للسنة
[illegible] طالق للبدعة ان اراد الجمع هذا الطلاق مدحها بما للصفتين كان يقع احداهما
اثباتا للاخرى وهكذا لو قال ان البدعة كان طالقا للسنة ان [illegible] نفي البدعة
اثباتا لضدها ولو قال انت طالق للسنة او البدعة رجع الى خياره لو وقع
[illegible] طلاق السنة او البدعة لانه لفظه او موضوعه للتخيير ولو قال انت طالق
للسنة والبدعة طلقت في الحال لتنافي الصفتين ونفي اجتماعهما
ما لصفتان سقطتا في الحال وان كان زمان البدعة كان طلاق بدعة وان
كان زمان السنة كان طلاق سنة وهكذا لو قال انت طالق لا للسنة ولا
للبدعة طلقت في الحال لانه قد جمع بين النفي بين صفتين لا بد من وجود احدهما
فسقط حكم نفيه وتعجل وقوع الطلاق وان كان في زمان السنة كان طلاق سنة

وان كان في زمان البدعة كان طلاق بدعة ولو قال انت طالق للسنة
او انت طالق في السنة كان كقوله انت طالق للسنة فيقع عليها طلاق
السنة ولو قال انت طالق بالبدعة او انت طالق في البدعة كان كقوله انت
طالق للبدعة فيقع عليها طلاق البدعة ولو قال انت طالق طلاق الحرج فقد
حكى ابن المنذر عن علي بن ابي طالب انه طلاق الثلث وليس للشافعي فيه نص
لكن قياس مذهبه ان يكون طلاق بدعة فيقع عليها طلاق بدعة ولو قال انت
طالق للطاعة وقع عليها طلاق السنة **فصل** ولو قال انت طالق طلقتين
احداهما للسنة والاخرى للبدعة وقعت احدى الطلقتين في الحال لانها لا
تخلو ان تكون في حال سنة او بدعة فان كانت في حال سنة كانت الاولى سنية ووقعت
الثانية في زمان البدعة وان كانت في حال بدعة كانت الاولى بدعية
ووقعت الثانية في زمان السنة ولو قال انت طالق طلقتين للسنة والبدعة
احتمل وجهين احدهما ان يجعل احداهما للسنة والاخرى للبدعة اثباتا
لحكم الصفتين لانه اذا امكن اثباتهما لم يسقطا والوجه الثاني انه يقع
الصفتان ويحمل ايقاع الطلقتين على الظاهر من الصفتين عودهما الى جميع الطلقتين
ثم الجزآن فيقع المطلق منهما في الحال **فصل** في الطلاق
ولو قال انت طالق ثلثا للسنة وهي مستقبل السنة فيقع الثلث معا في
زمان السنة ولا يتفرقن في ثلثة اطهار لان السنة والبدعة عنده في
زمان الطلاق لا في عدده وقال ابو حنيفة ومالك يفرق الثلث في ثلثة
اطهار ولا يقع في طهر واحد لان السنة والبدعة عندهما في زمان الطلاق
وفي عدده وقد مضى الكلام معهما فلهذا لو قال اردت ان يتفرقن في
ثلثة اطهار فيقع في كل طهر واحدة لقول ابي حنيفة ومالك فهو
محتمل وهو خلاف الظاهر ولا يقبل منه في ظاهر الحكم ويقبل منه فيما

بينه وبين الله تعالى فيدين فيه ولا يقع في باطن الحكم الا على ما نوى وان
في ظاهر الحكم معجلا وهكذا لو قال انت طالق ثلثا ثم قال اردت
للسنة فان كان الزمان زمان الطلاق السنة طلقت في الحال ثلثا للسنة
في ظاهر الحكم وباطنه وان كان زمانا ووقتا لطلاق البدعة فقد ذكر محتملا
لان ظاهر الطلاق يقع الطلاق معجلا في ظاهر الحكم اعتبارا بظاهر الطلاق
ولا يقع في باطن الحكم وفيما بينه وبين الله تعالى الا على ما نوى من طلاق السنة
اذا جاء زمان السنة ولو قال انت طالق ثلثا للسنة ثم قال سبق لساني بقول
السنة وانما اردت طلاق الثلث على الاطلاق قبل منه ووقع الطلاق الثلث
سواء كان للسنة او للبدعة لانه وان خالف الظاهر لفظه فهو اغلظ عليه
واضر به ومن نوى الحق في الغلظ قبل منه ظاهرا وباطنا ومن نوى الاغلظ
في الحكم يقبل منه في الظاهر وان قبل منه في الباطن كان محتملا
مسئلة قال الشافعي ولو قال ولو قال في كل قرء واحدة فان كانت
طاهرا او حبلى وقعت الاولى ولم تقع الثانية حتى تحيض على الكمال او الحيض
حتى تلد ثم تطهر وان لم تحدث له رجعة حتى تلد بانت بانقضاء العدة ولم
يقع عليها غير الاولى وصورتها في رجل قال لامراته انت طالق في كل قرء واحدة
فقد صرح بتفريق الثلث في ثلثة اقراء فالاقراء الاطهار واذا كان كذلك
فلا تخلو حال المراة من احد امرين اما ان تكون من اهل السنة والبدعة او
لا تكون منهم فان كانت من اهل السنة والبدعة فلا تخلو حالها عند طلاقه
من ان تكون حائضا او طاهرا فان كانت حائضا لم تطلق في حال حيضها حتى اذا
طهرت طلقت في اول طهرها لانه اول زمان السنة فاذا حاضت الحيضة الثانية
ودخلت في اول الطهر الثاني طلقت طلقة ثانية سواء راجع بعد الاولى
او لم يراجع واذا حاضت الحيضة الثالثة ودخلت في اول الطهر الثالث طلقت
طلقة ثالثة سواء راجع بعد الثانية او لم يراجع واما العدة

فان لم يكن قد راجعها بنت على عدة الطلقة الاولى فاذا انقضى الطهر الثالث
بدخول الحيضة الرابعة فقد انقضت عدتها وحلت للازواج وان
راجعها لم يخل حاله بعد الرجعة ان يطاها او لا يطاها فان وطيها استانفت
الطلقة حتى يعقبها الطهر الثالث الذي بعد رجعته ووطيه ويكون ذلك
الطهر الذي وقعت فيه الطلقة الثالثة قرءا واحدا فياتي بعده بقرءين
وان لم يطاها بعد رجعته فهل تبني على العدة او تستانفها على قولين
احدهما انها تبني على عدة الطلقة الاولى لان الرجعة قد بطلت ما بعدها
من الطلاق والقول الثاني انها تستانف العدة من الطلقة الثالثة لان
الرجعة قد ابطلت ما تقدمها من الطلاق فاما اذا كانت عند الطلاق
طاهرا طلقت في الحال واحدة لان صفة هذا الطهر قد وجدت وسوا كان قد وطيها
في هذا الطهر او لا لان طهر الجماع يكون بدعيا وغير طهر الجماع سنيا وهو
انه علق الطلاق بالقرء لا بالسنة فلذلك روعي ما يكون قرءا وان كان يقع الطلاق
فيه للسنة فاذا وقعت الطلقة الاولى في الطهر الاول لم يحل له جماعها
ان لم يراجعها وان راجعها فيه حل له جماعها في بقية طهرها فاذا حاضت
حرم عليه جماعها في الحيض فاذا دخلت في اول الطهر الثاني طلقت ثانية فاذا
وحرم عليه جماعها فيه ان لم يراجعها وان راجعها فيه حل له جماعها في بقيته
حاضت الحيضة الثانية حرم عليه جماعها في حيضها فاذا دخلت في الطهر
الثاني حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره فاما العدة فما دام ما لم تراجع
على عدة الطلقة الاولى وانقضت عدتها بانقضا الطهر الثالث وان راجعها
فان جامعها بعد الرجعة استانفت العدة من وقت الطلقة الثالثة
وان لم يجامعها فعلى ما مضى من القولين احدهما تبني على عدة الطلقة الاولى
والقول الثاني تستانف العدة من وقت الطلقة الثالثة ولو قال لها
في طهرها انت طالق في كل قرء واحدة ثم حاضت قبل تمام كلامه

او في ساعة من غير ان يتصل بها الطهر متصلا قال ابو العباس تطلق فيه
ويعتد به قرءا لوجود الطلاق فيه وهذا خطا لانه وقته طلاق
والتقضي به الاعتداد لان وقوع الطلاق بالكلام انما يكون بعد تمام الكلام
لها ولو كان الانتهاء لو قيد بغير كلامه بشرط كان الطلاق محمولا على ذلك
الشرط ولو وقع ما وله ما حمل على شرط اخر ولم يوجد بعد تمام كلامه
طهر يكون قرءا فيكون شرطا لوقوع الطلاق فلذلك لم تطلق

فصل

واما الحال الثانية وهو ان يكون من غير اهل السنة والبدعة وذلك
ان يكون واحدة من اربع احداهن ان تكون غير مدخول بها فتطلق واحدة
في الحال طاهرا كانت او حائضا وقد بانت بها لانه لا عدة عليها ومن لا عدة عليها
فلا قرء لها فيجري مجرى طلاقها للسنة فيقع الطلاق عليها في الحال وان
لم يكن للسنة فان لم يتزوجها حتى مضى لها بعد الطلقة الاولى طهران لم تطلق
فيما بقي من الطلقتين وان تزوجها قبل مضي الطهرين فعود طلاقه على قولين
لانه عقد طلاق في نكاح وجد شرطه في غيره والثانية ان تكون حاملا
فيقع عليها في الحال طلقة واحدة لان الحمل قرء معتد به فتكون طلقة
لا سنة فيها ولا بدعة وان كانت تحيض على حملها لم تطلق في اطهارها التي
بين حيضها سوى الطلقة التي وقعت في حملها سوى ان يخلو من الحيض الا انه
وان كانت تحيض فليس اقراوها يعتد بها وانما يطلق الا واحدة بالحمل
وان لم يراجعها حتى وضعت فقد انقضت عدتها وبانت وان استانف نكاحها
بعد مضي طهرين في حملها لم يقع عليها طلاق وعليها طلاق وان استانفه
قبل مضي الطهرين في عود طلاقه قولان على ما ذكرنا وان راجعها قبل
وضعها فاذا طهرت بعد نفاسها طلقت ثانية فاذا حاضت ودخلت في الطهر
الثاني طلقت ثالثة وان لم يراجع اعتدت بالطلقة الثانية وان راجع
ووطئ اعتدت من الطلقة الثالثة وان راجع ولم يطاها فعلى ما مضى من القولين

والثالثة ان تكون صغيرة قد دخل بها فتطلق في الحال واحدة فان
لم يراجعها حتى مضت اربعة اشهر فقد بانت بها وان راجع فيها وقد
مضى ثلثة اشهر حلف ولم تطلق بعد رجعته ما لم تحض لانه قد وقع
طلاقها فيه فاذا حاضت ثم طهرت طلقت ثانية واذا حاضت ودخلت
في الطهر الثاني طلقت ثالثة وحرمت عليه الا بعد زوج وهو الكلام في العدة
على ما مضى والرابع ان تكون موئسة فتطلق في الحال واحدة كالصغيرة
فان لم يراجعها حتى مضت ثلثة اشهر فقد انقضت عدتها وبانت ولم
يزوجها لم يقع الطلاق في الواحد الا انها في طهر قد وقع طلاقها فيه
وان راجعها كان على النكاح ولا تطلق بالطهر بعد الرجعة لانه هو الطهر
الذي وقع فيه طلاق الاول والمنصوص ان ابن ان تحض فان حاضت وهي غير
موئسة فتطلق اذا طهرت من حيضها طلقة ثالثة ثم تطلق بالثاني طهرا ان كان
لها بعد حيضة اخرى. **فصل** في تعليق الطلاق بالطهر واذا قال
لها وهي حائض اذا طهرت فانت طالق طلقت بعد انقطاع دمها بدخولها في اول
الطهر سواء انقطع دمها لاقل الحيض او لاكثره وسواء اغتسلت او لم تغتسل
ويكون طلاق سنة ولو قال لها وهي طاهر اذا طهرت فانت طالق لم تطلق هذا
الطهر حتى تدخل في طهر مستقبل وذلك بان تحيض بعد الطهر ثم تطهر
فتطلق بدخولها في اول الطهر الثاني لان لفظه اذا موضوع للمستقبل الا ترى
لو قال لها زيد اذا جئتني فلك دينار وهو عنده لم يستحق الدينار حتى يبتدئ
المجي اليه بعد القول وكذلك لو قال لها ان كنت طاهرا فانت طالق فان كانت
في الحال طاهرا طلقت وان كانت حائضا لم تطلق في الحال الا اذا طهرت لانه
جعل وجود طهرها في الشرط في وقوع الطلاق الا ترى لو قال
لها ان كنت في الدار فانت طالق فان كانت في غير الدار لم تطلق بدخول الدار
ولو قال لها اذا طهرت طهرا فانت طالق فان كانت في الحال طاهرا

واذا مضى عليها بعد هذا الحيض طهر كامل ودخلت في اول الحيض الثانية
طلقت وكان طلاق بدعة لوقوعه في الحيض وان كانت في الحال طاهرا
واذا مضى بقية طهرها وحيضة بعدها ثم طهر كامل ودخلت في اول الحيضة
الثانية طلقت وكان طلاق بدعة وانما كان كذلك لان قوله
اذا طهرت طهرا يقتضي حال الطهر مستقبلا ولو قال لها انت طالق في طهرك
وان كانت في تلك الحال طاهرا طلقت وان كانت حائضا طلقت اذا طهرت فيقع
الطلاق في هذا الطهر في الحال وفي الطهر المستقبل واذا وقع الطلاق
بالطهر في الحال لم يقع بالطهر المستقبل لان وجود الشرط قد استوفى
كله. **فصل** في تعليق الطلاق بالحيض واذا قال لها وهي طاهر
اذا حضت فانت طالق طلقت بدخولها في اول الحيض ويكون طلاق بدعة
واذا رات الدم في زمان العادة فالظاهر انه اول الحيض فيحكم بوقوع الطلاق
فان استدام يوما وليلة تحقق وقوعه وان انقطع لاقل من يوم وليلة بان
انه لم يكن حيضا وان الطلاق لم يقع وان رات الدم قبل وقت العادة فالظاهر
انه ليس بحيض وان الطلاق لم يقع باول الدم ولو قال لها وهي حائض اذا
حضت فانت طالق لم تطلق في بقية حيضها حتى تطهر منها ثم تحيض بعد طهرها (حيضها)
فتطلق كما ذكرنا في الطهر ويكون طلاق بدعة ولو قال لها اذا حضت حيضة
فانت طالق فان كانت طاهرا فاذا مضى بقية طهرها ثم حيضة كاملة
ثم دخلت في اول الطهر الثاني طلقت وكان طلاق سنة ولو قال لها
ان كنت حائضا فانت طالق وكانت طاهرا لم تطلق في الحال ولا اذا حاضت
في الحال ولو قال لها انت طالق في حيضك طلقت في الحيض في الحال فان لم
تكن ففي الحيض المستقبل كما قلنا في الطهر ولو قال كلما حضت فانت طالق طلقت
بدخولها في الحيضة الاولى طلقة واحدة وبدخولها في الحيضة الثانية طلقة ثانية
وبدخولها في الحيضة الثالثة طلقة ثالثة

لان لفظ كلما موضوع للتكرار ويكون الثلث كل طهر طلاق بدعة وتنقضي
عدتها بدخولها في الحيضة الرابعة لان الطلاق الثالث حيض طهرين
فتاتي بالطهر الثالث وانقضاؤه يكون بدخولها في الحيضة الرابعة
ولو كان قال لها كلما حضت حيضة فانت طالق طلقت بلا ثلث بدخولها في الطهر
الثالث وانقضت عدتها بدخولها في الحيضة الرابعة ويكون هذا
طلاق سنة انه يقع في اول كل طهر. **فصل** اخر منه. واذا
قال لها اذا حضت فانت طالق فقالت قد حضت وان صدقها فيه طلقت
وان كذبها فقولها فيه مقبول على نفسها وله احلافها وقد طلقت ولو
قال لها قد حضت فقالت لم احض طلقت باقراره ولو قال لها اذا
حضت فضرتك طالق فقالت قد حضت وان صدقها طلقت ضرتها وان كذبها
لم تطلق ضرتها لان قولها في حيضتها وان كان مقبولا على نفسها مع
تكذيب الزوج فهو غير مقبول على غيرها الا بتصديق الزوج كالمودع
يقبل قوله في الوديعة على ما ذكرنا ولا يقبل قوله في ردها على غيره
فلو قال اذا حضت فانت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت وان
صدقها طلقت هي وضرتها وان كذبها طلقت هي ولم تطلق ضرتها
لان قولها على نفسها مقبول وعلى ضرتها غير مقبول وان صدقتها الضرة
على الحيض لم يؤثر تصديقها لان لها احلاف الزوج على تكذيبها وهو مجبر
لمنعه من ان يحلف ان تكون الحيضة وتحلف الضرة لم تطلق لان المقصود
بالحيض وقوع الطلاق وتحا يكون اليمين مقصودة عليه. **فصل**
اخر منه. ولو قال وله زوجتان اذا حضتما فانتما طالقتان فان
حاضت احداهما لم تطلق واحدة منهما وان حاضتا طلقتا فلو قالتا قد
حضنا فان صدقهما طلقتا وان كذبهما لم يطلقا لان طلاق كل واحدة

منها الحيضتان وحيض ضرتها وقولها ان كان مقبولا على نفسها فقول
ضرتها غير مقبول عليها فلو صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة
دون المصدقة لان المكذبة قولها مقبول على نفسها وقد صدق عليها
ضرتها فطلقت ومن المصدقة مكذبة عليها فلم تطلق ولو قال وهن ثلث اذا
حضتن فانتن طوالق فاذا حاضت واحدة منهن او اثنتان لم تطلق واحدة منهن
فاذا حضن معا طلقن كلهن ولو قلن قد حضن وان صدقهن طلقن وان كذبهن
لم يطلقن وان صدق واحدة وكذب اثنتين لم تطلق واحدة منهن لان في طلاق
كل واحدة منهن مكذبة عليها ولو صدق اثنتين وكذب واحدة طلقت المكذبة
وحدها لانه قد صدق ضرتيها عليها ولا تطلق كل واحدة من المصدقتين لان
في الاخرى ضرتها مكذبة ولو كن اربعا فقال لهن اذا حضتن فانتن طوالق فقلن
قد حضنا فان صدقهن طلقن وان كذبهن لم يطلقن وان صدق واحدة وكذب
ثلثا لم يطلقن وكذلك لو صدق اثنتين وكذب اثنتين لم تطلق واحدة منهن لان
طلاق كل واحدة يكون بحيضها وحيض ضرايرها الثلث وكل واحدة من المصدقتين
قد كذب عليها ضرتين وكل واحدة من المكذبتين قد صدق عليها ضرة ولو صدق
ثلثا وكذب واحدة طلقت المكذبة وحدها دون المصدقات لان قول المكذبة
مقبول على نفسها وقد صدق ضرايرها عليها فطلقت وكل واحدة من المصدقات
قد كذب عليها واحدة من ضرايرها فلم تطلق. **فصل** اخر
منه واذا كان له اربع زوجات فقال ايتكن حاضت فصواحبها طوالق
فان حاضت واحدة منهن لم تطلق وطلقت كل واحدة من ضرايرها واحدة
لان حيض كل واحدة شرط في طلاق غيرها وان حاضت ثانية لم تطلق
هي وطلقت الحايض الاولى واحدة وطلقت هي واحدة في الحيض الثانية ثانية
فان حاضت ثالثة طلقت بها الاولى طلقة ثانية وطلقت بها الثانية
طلقة ثانية وطلقت بها الرابعة طلقة ثالثة فان حاضت الرابعة

طلقت بها الاولى طلقة ثالثة فتطلق الاولى ثلاثا وطلقت بها الثانية
طلقة ثالثة وطلقت بها الثالثة طلقة ثالثة فتطلق ثلاثا ثلاثا ولو
قلن قد حضنا فان كذبهن لم تطلق واحدة منهن لان طلاق كل منهن معلق بحيض صواحبها
الحيض [illegible] وان صدق واحدة منهن وكذب الباقيات طلقت كل واحدة من المكذبات
الثلاث واحدة واحدة لانه قد صدق عليها واحدة فلا تطلق المصدقة
لان كل واحدة من صواحبها مكذبة ولو صدق اثنتين وكذب اثنتين طلقت
كل واحدة من المكذبتين طلقتين لانه قد صدق عليها صاحبتين وطلقت
كل واحدة من المصدقتين طلقة واحدة لانه قد صدق عليها صاحبة واحدة
ولو صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة ثلاثا لانه قد صدق عليها ثلاث
صواحب وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين لانه قد صدق عليها صاحبتين ولو
صدق الاربع كلهن طلقت كل واحدة منهن ثلاثا لانه قد صدق عليها ثلاث صواحب

فصل اذا قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق واحدة واذا حضت
حيضتين فانت طالق ثنتين فحاضت حيضتين طلقت ثلاثا بالاولى منهما طلقة
لانها قد حاضت حيضة وبالثانية منهما طلقتين لانها قد حاضت حيضتين ومسألة
ان يقول ان حملت رجلا فانت طالق واحدة وان حملت شيخا فانت طالق اخرى
وان حملت زيدا فانت طالق واحدة فحملت زيدا وكان شيخا طلقت ثلاثا واحدة
بانه رجل وثانية بانه شيخ وثالثة بانه زيد ولو حملت عمرا او لو حملت عمرا وكان
شابا لم تطلق الا واحدة بانه رجل ولو كان شيخا لم تطلق الا ثنتين واحدة
بانه رجل وثانية بانه شيخ ونحو لو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق واحدة
ثم اذا حضت حيضتين فانت طالق ثنتين لم تطلق ثلاثا الا بثلاث حيض لان قوله ثم
منها الحيضة الاولى طلقة ولا تطلق بالحيضة الثانية شيئا فاذا حاضت
الحيضة الثالثة صارت مع الحيضة الثانية صفة لوقوع الطلقتين فتطلق
حينئذ ثلاثا وانما كان كذلك لان ثم توجب التراخي والفصل والواو توجب

الاشتراك والجمع فلذلك افترقا في هذين الموضعين **فصل** آخر
اذا قال وله امراتان اذا حضتما حيضة فانتما طالقتان ففيه لاصحابنا وجهان
احدهما تعلق طلاقهما بحيضة منهما ومستحيل ان تشتركا في حيضة واحدة
والحيض احديهما لا تكون الحيضة منهما فصار تعليق الطلاق بها لغوا
فلم يقع والوجه الثاني ان الشرط صحيح وتعليق الطلاق به جائز ومعنى
قوله اذا حضتما حيضة اي اذا حاضت كل واحدة منكما حيضة فانتما طالقتان
والكلام اذا كان مفهوم المعنى وامكن حمله على الحقيقة وان كان على وجه
المجاز لم يجز حمله على الالغاء والفساد فاذا حاضت كل واحدة حيضة كاملة
طلقت طلاق السنة لوقوعه في اول الطهر وان حاضت احداهما دون الاخرى
لم تطلق واحدة منهما واصل هذه المسألة اختلاف المتقدمين من اصحابنا
واصحاب ابي حنيفة فيمن قال لامراتيه اذا ولدتما ولدا فانتما طالقتان
فذهب الربيع بن سليمان من اصحابنا وابو يوسف من اصحاب ابي حنيفة الى
انه لا يحنث بالولادة طلاق لانه ان ولدت احداهما لم يكن ذلك منهما وان
ولدتا معا لم يكن ذلك ولدا ولذلك لم تطلق واحدة منهما بولادتهما
وذهب ابو ابراهيم المزني ومحمد بن الحسن ان تعليق الطلاق بها صحيح
والمراد به ولادة كل واحدة منهما ولدا فان ولدت احداهما لم تطلق واحدة منهما
وان ولدتا معا طلقتا **مسألة** قال الشافعي ولو قال لامراته انت
طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة وقعت اثنتان في اي الحالين
كانت والاخرى اذا صارت في الحال الاخرى قال المزني الاشبه بمذهبه عندي
ان قوله بعضهن يحتمل واحدة فلا يقع غيرها او اثنتين فلا يقع عليها بذلك ثلث فاذا
كان الشك كان القول قوله مع يمينه ما اراد ببعضهن في الحال الاولى الا واحدة

وصورتها في حد قال لامرأته انت طالق ثلثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة
فالبعض اسم مبهم يجوز ان ينطلق على اقل الثلث وعلى اكثرها وعلى العدد
الصحيح منها والمكسور فاذا جعل بعض الثلث للسنة وبعضها للبدعة
لم يخل حاله من ثلثة اقسام احدها ان يطلق ذكر البعض ولا يقدره بلفظ
ولا بنية والثاني ان يقدره بلفظ والثالث ان يقدره بنية فان اطلق
ولم يقدره بلفظ ولا بنية اقتضى اطلاقه التسوية بين البعضين وان لا
يفضل احدهما على الاخر كما لو اقر بدار لرجلين كانت بينهما نصفين
لانه ليس تفضيل احدهما بالزيادة باولى من تفضيل الاخر فلذلك وجب التسوية
بينهما وان يكون لكل واحد من البعضين طلقة ونصفا فيكمل البعض الواقع
في الحال طلقة ونصفا والطلاق لا يتبعض فيكمل فوجب ان يقع في الحال
طلقتان فان كانت الحال الاولى حال السنة كانت الطلقتان للسنة ووقعت الثالثة للبدعة
وان كانت الحال الاولى حال البدعة كانت الطلقتان للبدعة والطلقة الثالثة
للسنة وقال المزني الطلاق بعضين يقتضي تعجيل اقلهما فلا يقع في الحال الاولى
الا واحدة لان ذلك يقين والزيادة شك واذا افترق يقين الطلاق وشك
لم يحمل الا على اليقين دون الشك وهذا خطأ لان التسوية بين البعضين
في الطلاق اولى من التفضيل لما ذكرنا وان قيد كل واحد من البعضين بلفظ
حمل على ما قدره بلفظه سواء عجل الاكثر فوقع في الحال الاولى طلقتين
وفي الحال الاخرى طلقة او عجل الاقل فوقع في الحال الاولى طلقة وفي
الحال الاخرى طلقتين او سوى بين الحالين فوقع في الاولى طلقتين وفي
الاخرى طلقة لان العدد بين ملفوظ به كالطلاق فوجب ان يحمل عليه وان
قدر كل واحد من البعضين بنيته نظر فان نوى تعجيل البعض

الاكثر منهما او التسوية بينهما حمل على نيته فوقع في الحال الاولى طلقتان وفي الحال
الثانية طلقة وان نوى تعجيل البعض اقلهما وهو ان يقع في الحال الاولى طلقة
وفي الحال الثانية طلقتان ففيه وجهان احدهما وهو الظاهر من مذهب
الشافعي انه يقبل منه في الظاهر والباطن فلا يقع في الحال الاولى الا واحدة
ويقع في الحال الاخرى طلقتان كما لو قدره بلفظه والوجه الثاني وهو قول
بعض اصحابنا انه لا يقبل منه في الظاهر ويلزمه في الحال طلقتان في ظاهر الحكم
ويدين فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال انت طالق ثم قال
نويت الى شهر وهذا خطا والفرق بينهما ان البعض حقيقة وليس كذلك
اطلاق الطلاق اذا نوى ان يكون الى شهر لان حقيقته تعجيل الطلاق فجاز
ان يحمل في الظاهر على نيته والله اعلم مسئلة قال الشافعي ولو
قال انت طالق اعدل او احسن او اكمل الطلاق او ما اشبهه سألته عن نيته
فان لم ينو شيئا وقع الطلاق للسنة وهكذا اذا قال انت طالق اعدل
الطلاق او اكمل الطلاق او افضل الطلاق او احسن الطلاق او اقصاه
او اسواه او اسوأه او ابهاه فاذا قال شيئا من ذلك من صفات الحمد لحاله
من احد امرين اما ان يكون له فيه نية او لا نية له فيه فان لم يكن له نية
فيحمل على طلاق السنة لان الاعدل والاحسن والاكمل والاجمل ما شرع
بغلظ ذلك عليه بالتعجيل او يخفف بالتاجيل وان كانت طاهرا طلقت
في الحال طلاق السنة وان كانت حائضا لم تطلق حتى اذا طهرت طلقت حينئذ
للسنة وان كانت له نية فعلى ضربين احدهما ان يكون نيته موافقة لظاهر
لفظه وهو ان ينوي بطلاق السنة فيحمل على ما نوى من طلاق السنة ويكون
السنة تاكيدا للظاهر لانه اذا حمل على طلاق السنة من غير نية كان اولى ان
يحمل عليه مع النية والضرب الثاني ان يكون نيته مخالفة لظاهر لفظه

وهو ان يريد به طلاق البدعة لانه اعتقد ان الاعراض تبيح طلاقها الا

لو حلفها ان يطلق للبدعة فهذا على ضربين احدهما ان يكون ذلك اغلظ

حالتيه بان يكون جامعها او جامعه فيحمل على طلاق البدعة ويقع الطلاق

في الحال لانه اغلظ والضرب الثاني ان يكون ذلك احد حالتيه بان يكون

في الطاهر لم يجامعها فيها مما يقرب من الله تعالى وهل يقبل منه في ظاهر

الحكم ام لا على وجهين احدهما لا يقبل منه في ظاهر الحكم واللزمه وقوع الطلاق

الا اذا صارت الى حال البدعة لانه يأتي ذكره من الثاني ولم يحتمل

ان يعدل بظاهر اللفظ الثاني ثم لا يلزمه في ذلك الا طلقة واحدة

لم يرد اكثر منها فانه يعد بها ولا اذا قال انت طالق احسن الطلاق يلزمه

الثلث لانها احسن الطلاق وقيل الثلث هي احسن الطلاق عددا وقد

يجوز ان يريد به احسن الطلاق صفة ويحتمل ان يحمل على حال

العدد دون الصفة الا انه لان الثلث زيادة فلم تقع الا بالتعيين

ولكن لو قال انت طالق اكثر الطلاق وقع الثلث لان الكثرة لا تكون الا

في العدد دون الصفة ولو قال انت طالق اكبر الطلاق كانت واحدة ولم تكن

الا الثلث لان الاكبر قد يعود الى الصفة كما يعود الى العدد والله اعلم

مسئلة قال الشافعي ولو قال انت طالق اقبح او اسمج او اخبث وما اشبهه سالته

عن نيته فان لم ينو شيئا وقع للبدعة وهذا بصدد ما تقدم من صفة الطلاق

بصفات الحمد واذا قال لها انت طالق اقبح الطلاق او اسمج الطلاق او اخبث الطلاق

او ارداه او ابغضه او اضره او اشره او امره او ما اشبه ذلك من صفات

الذم فان لم يكن له نية حمل على طلاق البدعة لان الاسمج الاقبح الاضر الامر

وان كانت له نية نظر فيها فان وافقت ظاهر لفظه كان يريد به طلاق البدعة

حمل عليها وكان يعبر بها عن الاسمج الاقبح فان كان ذلك اغلظ حالتيه

او الحكم احمل عليه وقبل قوله فيه وان كان اخف حالتيها واقعه دين فيه

وفي قبوله في الحكم وجهان احدهما لا يقبل منه اعتبارا بظاهر اللفظ

والثاني يقبل منه لاحتمال ما اراد من الثاني ولم ينو **فصل** ولو قال

انت طالق اشد الطلاق ولم يرد به طلقت الحال من غير مراعاة سنة

ولا بدعة لان اشد الطلاق تعجيله ويكون رجعية وكذلك لو قال انت طالق

اطول الطلاق او اعرض الطلاق او اقصر الطلاق كانت واحدة رجعية

لان الطلاق لا طول له ولا عرض وقال ابو حنيفة اذا قال انت طالق اكبر الطلاق

او اطول الطلاق او اعرض الطلاق او اشد الطلاق طلقت واحدة بائنة

ووافقه في الاقصر والاصغر انها تكون رجعية وعندنا ان الواحدة

تكون بائنة في حال البدعة في المدخول بها والكلام معه بائنة **مسئلة**

قال الشافعي ولو قال انت طالق واحدة حسنة قبيحة او جميلة فاحشة طلقت

حين تكلم وهذا كما قال اذا وصف الطلاق بصفتين مختلفتين فقال

انت طالق واحدة حسنة قبيحة او جميلة فاحشة او ضارة نافعة سنية بدعية

وقع طلاقها في الحال سواء كانت في حال السنة او في حال البدعة واختلف

اصحابنا في تعليل ذلك فقال بعضهم وهو الظاهر من تعليل الشافعي انه وصفها

بصفتين احدهما صفة طلاق السنة والاخرى صفة طلاق البدعة وهي

في احدى الحالين فوقع الطلاق عليها بوجود احدى الصفتين وقال اخرون

وقال الاخرون بل العلة فيه ان تقابل الصفتين اوجب سقوطهما لاجل المضادة

فيهما فصارت الطلقة ساقطة الصفتين مطلقة فوقع الطلاق بها في الحال ولو

قال انت طالق طلاق الحرج والسنة وقع الطلاق عليها في الحال لان طلاق

الحرج هو طلاق البدعة فصار واصفا لها بصفتين متضادتين فوقع

الطلاق معجلا على ما ذكرنا من اختلاف العلتين ولو قال اردت بالحرج

هو طلاق البدعة فصار واصفا لها بصفتين متضادتين فيقع بها الطلاق
محمولا على ما ذكرنا من الاختلاف في العلتين ولو قال اردت بالحرج طلاق
الثلث والسنة ان يكون في كل طهر واحدة فهذا يحتمل ظاهر كلامه ايضا
وهو اغلظ عليه من الواحدة المعجلة فيقع ظاهرا وباطنا على ما نوى
فصل ولو قال انت طالق مل مكة او مل الحجاز او مل الدنيا طلقت
واحدة ان لم يرد بها ثلثا لان الطلاق لا يتنقل فلا يقع في مكان دون مكان
ويكون معنى قوله مل الدنيا اي يظهر ذكرها في الدنيا وقد يظهر فيها ذكر الواحدة
كظهور الثلث مسألة فان الثلث تقع ولو قال انت طالق اذا قدم
فلان للسنة فقدم فهي طالق للسنة وهذا صحيح لانه علق طلاقها بشرط
وصفة فالشرط قدوم زيد والصفة ان يكون طلاق السنة فوجب ان يعتبر
الصفة بعد وجود الشرط فلا طلاق قبل قدوم زيد فاذا قدم فقد وجد الشرط
فوجب مراعاة الصفة فان كانت بعد قدوم زيد في طهر لم يجامع فيه
طلقت حال قدومه لوجود الشرط والصفة معا وان كانت حائضا
او في طهر قد جومعت فيه لم تطلق بوجود الشرط لعدم الصفة حتى اذا
صارت في طهر لا جماع فيه طلقت لحدوث الصفة بعد وجود الشرط
والمعتبر اجتماع الصفة والشرط وكذا لو قال اذا قدم فلان فانت بين دوات
السنة فانت طالق لم تطلق الا ان يقدم فلان ومتى صارت في طهر لا جماع فيه لانه
قد جعل الصفة شرطا وجعل طلاقها معلقا باجتماع شرطين فلم تطلق بوجود
احدهما ولا بانفراد احدهما ولو قال اذا قدم زيد فانت طالق ولم يعلقه
بسنة والبدعة طلقت بعد قدومه طاهرا كانت او حائضا لكن ان كانت طاهرا
فهو طلاق سنة وان كانت حائضا فهي طلاق بدعة غير انه لا يأثم به لانه
لم يقصده الا ان يتعمد وطيها في طهرها فيأثم ومن لم يتعمد غير آثم واذا
لم يأثم لم يندب الى الرجعة لان الاثم الا ان المقصود بالرجعة

رفع الاثم ولا فرق بين ان يقول انت طالق اذا قدم زيد وبين قوله ان قدم
زيد انها لا تطلق الا بقدوم زيد لانهما جميعا حرفا شرط مستقبل ولو
لو قال انت طالق اذا قدم زيد او انت طالق ان قدم زيد بفتح الالف طلقت مكانها
لانهما حرفا خبر عن ماض سواء كان زيد قد قدم ام لا لانه ان لم يقدم تطلق
الجزاء من الحكم فصل ولو قال لها انت طالق للسنة اذا جاء يوم الجمعة
فيوم الجمعة شرط وطلاق السنة صفة فان جاء يوم الجمعة وهي في طهر
لا جماع فيه طلقت وان كانت في يوم الجمعة حائضا فاذا طهرت طلقت
ولو كان قال لها انت طالق للسنة في يوم الجمعة فان كانت فيه طاهرا
طلقت وان كانت فيه حائضا لم تطلق اذا طهرت لانه جعل
وقوع طلاقها على هذه الصفة في يوم الجمعة شرطا فلم يقع في غيره ولم
يجعله في المسألة الاولى شرطا فجاز ان يقع في غيره فلذلك ما افترقا
فصل ولو قال لصغيرة او حامل او غير مدخول بها اذا قدم
زيد فانت طالق للسنة فان قدم زيد قبل بلوغ الصغيرة ووضع الحامل
ووطي غير المدخول بها طلقت في الحال لانه لا سنة في طلاقها ولا
بدعة وان قدم زيد بعد حيض الصغيرة ووضع الحامل ووطي غير
المدخول بها روعي فيهن طلاق السنة اعتبارا بحال الشرط لا بوقت العقد
فان كن في طهر طلقن وان كن في حيض لم تطلق فيه حتى اذا طهرت طلقت
والله اعلم مسألة قال الشافعي ولو قال انت طالق لفلان او لرضى فلان
طلقت مكانه اما اذا قال انت طالق لفلان فهي طالق في الحال لان معناه لاجل
فلان ليس بشرط في وقوع الطلاق وهذا خطاب الطلاق واتبعه بحال الزهر
معناه انت طالق لرضى فلان كقوله لعبده انت حر لرضى الله او لوجه الله
فانه يعتق ولا يكون شرطا لان معناه لرضى الله فان قال اردت بقولي لرضى
فلان الشرط وان معناه ان رضي فلان فانت طالق انه لم يرض فلان

دين فيما بينه وبين الله تعالى فلم يقع الا ان يرضى فلان فاما الظاهر ففيه
وجهان احدهما يقع الطلاق في الظاهر معجلا اعتبارا لحكم الظاهر في الحال
والوجه الثاني لا يقع في الظاهر الا على ما نوى اذا رضي فلان اعتبارا
لاحتمال الكلام في كونه شرطا ولو قال انت طالق اذا رضي زيد او ان رضي زيد صار الرضا
شرطا في وقوع الطلاق لان اذا وان من حروف الشرط المستقبلة فان
رضي زيد وقع الطلاق وان لم يرض لم يقع لكن الرضا بقوله ان رضي على
الفور فاذا تراخى الرضى لم يقع وفي قوله اذا رضي على التراخي فلو رضي ولو بعد
طول زمان صح لما ذكرنا قبل من الفرق بينهما واذا رضي زيد فلا يعرف الا
بقوله قد رضيت من غير ان يعتبر امارات فعله كالمشية لكن اذا كان زيد
صادقا في رضاه وقع الطلاق في الظاهر والباطن وان كان كاذبا في رضاه
وقع الطلاق في ظاهر الحكم وهل يدين فيما بينه وبين الله تعالى على وجهين
احدهما يدين اعتبارا بحقيقة الرضا بالقلب والوجه الثاني لا يدين
اعتبارا بالقول الذي لا يستحق ما سواه وكذلك لو قال انت طالق ان شاء
زيد فقال زيد قد شئت فان كان الطلاق [illegible] الحكم وهل
يدين فيه ام لا على ما ذكرنا فاما اذا قال انت طالق اذا رضي زيد او ان رضي
زيد فيحتمل الا ان طلقت من غير اعتبار الرضى لانها [illegible]
فصل ولو قال لها انت طالق ان رضي زيد وكان زيد صغيرا
فرضي في صغره ففيه وجهان احدهما انه لا حكم لرضاه لانه بالصغر
خارج ممن يكون من اهل الرضى فعلى هذا لا تطلق برضاه
بعد كبره لتراخي الزمان والوجه الثاني وهو ضعيف انها
تطلق بقوله في صغره قد رضيت تغليبا لحكم الطلاق
بالصفة فهذا لو قال انت طالق ان شاء زيد وكان زيد صغيرا
فقال قد شئت كان وقوع الطلاق على هذين الوجهين ولكن لو

قال للبالغ وهي سكرى من شراب محرم انت طالق ان شئت فشاءت في
سكرها طلقت لان السكران في حكم الصاحي ولو قال لها وهي صغيرة انت
طالق ان دخلت الدار فدخلت طلقت وجها واحدا لانه علقه على فعل يكون
من قصد له من حمار او بهيمة طلقت فصل ولو قال لها انت طالق
ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال الزوج قد شئت ففيه وجهان
احدهما ان الطلاق واقع لحصول مشيتها بمشية الزوج والوجه الثاني
وهو اولاهما ان الطلاق لا يقع لامرين احدهما ان تعليق الطلاق بمشيتها
يقتضي وجود مشية مطلقة وهي علقت مشيتها بمشية الزوج فكانت
مشية غير مطلقة والثاني ان تعليق المشية بالصفة لا يجوز
لانه لو قال لها انت طالق ان شئت ان قدم زيد لم يصح كذلك اذا علقت
مشيتها بمشية الزوج فصل ولو قال لها انت طالق واحدة الا ان
تشائي ثلثا لم تطلق واحدة ولا ثلثا لانه جعل وقوع الواحدة مشروطا
بان لا تشاء الثلث فاذا عدم الشرط في الواحدة لم يقع فاما الثلث فالمشية
فيها شرط في رفع الواحدة وليس بشرط في وقوع الثلث والله اعلم
مسئلة قال الشافعي ولو قال ان لم تكوني حاملا فانت طالق
وقف عنها حتى تمر لها دلالة على البراءة من الحمل اما قوله ان لم تكوني حاملا
فانت طالق فمعناه ان كنت حائلا فانت طالق فلا يخلو اما ان تكون حاملا
او حائلا فاذا انتفاه عن احدهما تعلق به الحكم واذا لم يكن ذلك في الظاهر عند
اشتباه حالها احتاط بحيث يحرم عليه وطؤها لان الظاهر وقوع الطلاق
عليها وعليه ان يستبرئها بعده حرة [illegible] واستبرائها
قبل عقد طلاقه ام لا لان هذا استبرا الطلاق في الظاهر فلم يجز ان يعتد
به قبل زمان وقوعه واذا اراد ذلك لم تحتاج الى عدد اقصا الاقرا

بان تكون مسترتبه او غير مسترتبه فان كانت غير مسترتبه بانت بالطاهر
وهل تحل للازواج قبل ان تمضي مده اكثر الحمل ام لا على وجهين احدهما
انها قد حلت في الظاهر للازواج دا تحاريه الممكن ان تكون بها حمل كالحايل
التي تخبر طلاقها اذا اعتدت بثلثة اقرا وانه ممكن ان تكون بها حمل والوجه
الثاني انها محرمه على الازواج حتى تمضي مده اكثر الحمل وهي اربع
سنين من وقوع الطلاق عليها ليستقين كونها حايلا وقت عقد طلاقها
والفرق بين هذه وبين التي يخبر طلاقها ما ممكن بعد الاقرا الثلثه ان تكون
حاملا لما تحرم على الازواج بهذا التوهم الممكن تحرم في مسلتنا بهذا
التوهيم الممكن ان التوهم في هذه المسله يوقع شكا في وقوع الطلاق
فما زان يحرم على الازواج والتوهم في الطلاق الناجز لا يوقع شكا في وقوع
الطلاق وانما يوقع في العده مع انقضايها بحكم الشرع في الظاهر
فجاز ان لا يحرم على الازواج ❊ **فصل** وان كانت عند انقضا
الثلثه الاقرا مسترتبه بان ظهر بها امارات الحمل وشواهده ففي
استباحه وطيها بهذه الامارات وجهان تخرجا من اختلاف قوليه
في نفقه الحامل المعتده احدهما يستبيح وطيها بامارات الحمل اعتبارا بالظاهر
وتغليبا للحكم والوجه الثاني انه لا يستبيح وطيها وهو على التحريم لجواز ان
يكون غلطا او ريحا ولا تكون حملا صحيحا والوطي المحظور لا يجوز ان يستباح
بما هذا حالها حالتان احدهما ان لا تضع حملا فالطلاق قد وقع من وقت
العقد والعده قد انقضت بالاقرا الثلثه من بعد العقد فان كان قد
وطيها فهو وطي شبهه تعتد منه بثلثة اقرا لا تكون لها رجعه والحال
ان تضع ولدا فلا يخلو من ثلثه اقسام احدها ان تضعه لاقل من ستة اشهر
من عقد الطلاق فالطلاق لم يقع لعلمنا بكونها حاملا عند عقده الا الحمل

لا تكون اقل من سته اشهر والقسم الثاني ان تضعه لاكثر من
اربع سنين فالطلاق واقع والعده منقضيه بالاقرا الثلثه لان الحمل
لا يجوز ان يستديم اكثر من اربع سنين فتيقن بذلك انها كانت عند عقد
الطلاق حاملا فان كان قد وطيها قبل الحمل اعتدت بثلثة اقرا لانه
وطي شبهه والقسم الثالث ان تضعه ما بين سته اشهر واربع سنين فللزوج
حالتان احدهما ان لا يكون قد وطيها في هذه المده فيعلم بحملها بالتقدم
ووجوده عند عقد الطلاق فلا يقع الطلاق والحال الثانيه ان
يكون الزوج قد وطيها فينظر في وضع الحمل فان وضعته لاقل من سته
اشهر من وقت الوطي ولاكثر من سته اشهر من وقت العقد فهو حمل متقدم
وقت العقد فلا يقع الطلاق وان وضعته لاكثر من سته اشهر من الوطي
والعقد جميعا ففيه وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق المروزي انها تطلق
تغليبا لحكم حدوثه لانا على يقين منه وفي شك من تقدمه والوجه الثاني
وهو قول ابي علي ابن ابي هريره انها لا تطلق لجواز تقدمه وتغليبا لحكم اليقين
في بقا نكاحه واسقاطا للشك في وقوع الطلاق والله اعلم ❊ **فصل**
واما اذا العكس مسله الطلاق فقال ان كنت حاملا فانت طالق فهو ممنوع من وطيها
حتى يستبريها لجواز ان تكون حاملا فتطلق وفي هذا المنع وجهان احدهما
انه منع تحريم كالمنع في قوله ان كنت حايلا فانت طالق والوجه الثاني
انه كراهه لا تحريم وقد اشار اليه الشافعي في الاملا والفرق بين ان يعلق
طلاقها بوجود الحمل فيكون المنع كراهه لا تحريم وبين ان يعلقه بعدم الحمل
فيكون المنع منع تحريم هو ان الاصل ان الحمل يحرم وطيها اذا علقه بعدمه
ولم يحرم اذا علقه بوجوده واذا لزم استبراوها بوطي لم يخل حاله من ان يكون
قد استبراها قبل عقد طلاقه او لم يستبرها فان لم يكن قد استبراها

فعليه ان يستبري وفي قدر ما يستبريها به وجهان احدهما بثلثة اقرا هي
ثلثة اطهار لان استبرا الحره لا يكون الا بما تعتد منها كالعده والوجه
الثاني انه يستبريها بقر واحد لانه استبرا لاباحه الوطي وليس باستبرا
من فرقه فجرى مجرى استبرا الامه المشتراه والمسبيه وخالف الاستبرا
في المسله المتقدمه لانه استبرا الفرقه فعلى هذا هل يكون القر طهرا او حيضا
فيه وجهان من اختلاف الوجهين في استبرا الامه احدهما انه الطهر والثاني
انه الحيض وان كانت قد استبراها قبل عقد طلاقه ففي اجزايه عن استبرايها
بعد عقده وجهان احدهما يجزي لانه قد يعلم به براه الرحم والوجه الثاني
انه لا يجزي لتقدمه على سببه كما لا يجزي استبرا الامه قبل الشرا عن استبرايها
بعد الشرا وان كان كذلك لم يخل حالها بعد الاستبرا من ان تظهر بها امارات
الحمل او لا تظهر فان لم تظهر بها امارات الحمل ولا استبرات نفسها بعد زمان
الاستبرا فيحل للزوج وطيها وان ظهر بها امارات الحمل انتظر به
حال الوضع ولا يخلو حاله اذا وضعته من ثلثة اقسام احدها ان تضعه
لاقل من سته اشهر من وقت عقده فالطلاق به واقع لعلمنا بوجوده وقت
العقد وقد انقضت العده بالوضع وسوا كان قد وطيها ما بين عقد طلاقه
ووضعها او لا والقسم الثاني ان تضعه لاكثر من اربع سنين من وقت عقده فلا
طلاق عليه لعلمنا انه كان بعده وما عن عقده والولد لاحق سوا كان وطا او لا لانها
فراش له والقسم الثالث ان تضعه لاكثر من سته اشهر من عقده ولاقل من اربع سنين
فلا يخلو حال الزوج من ان يكون قد وطي في هذه المده ام لم يطا فان لم يطا طلقت
لعلمنا بوجوده حملا وقت العقد وان وطي فلا يخلو ان تضعه قبل سته اشهر من
وطيه او بعدها فان وضعته قبل سته اشهر من وطيه فهو حمل متقدم
عند العقد فالطلاق به واقع والعده بوضعه منقضيه وان وضعته
بعد سته اشهر من وطيه فقد يجوز ان يكون متقدما فيحوه

ان يكون حادثا والطلاق لا يقع بالشك فلا يلزمه الطلاق وجها واحدا
والله اعلم **مسله** قال الشافعي ولو قالت له طلقني فقال كل
امراه لي طالق طلقت امراته التي سالته الا ان يكون قد عزلها بنيته وهذا
كما قال اذا قامت له واحده من نسايه اما لخصومه ونفار بين الضراير او غير
ذلك فقال كل نسايي طوالق فهذه المسله من احد ضربين اما ان يرسل هذا القول
من غير نيه في عزل واحده منهن فيطلقن جميعا السايله وغيرها وقال مالك
لا تطلق السايله ويطلق من سواها استدلالا بانها مواجهه بالخطاب
ولو ارادها لقال لها بالمواجهه فلما عدل الى خطاب غايب خرجت من عموم
وهذا خطا من وجهين احدهما انه لما كان لو قال مبتديا كل نسايي طوالق طلقت
هذه الخاصه وان لم تكن سالته الطلاق لدخولها في عموم اللفظ دون سببه
فلذلك قلنا انهن يطلقن جميعا فقد صار مالك في هذا الموضع تاركا لمذهبه
ومذهبنا فاما استدلاله بان عدوله عن المواجهه يخرجها من الخطاب فيه
فيفسد به اذا قال مبتديا فانها تدخل في الطلاق ولو لم يتوجه لها الخطاب ثم الطلق
لانها من نسايه والحقها حكم نفسه **فصل** والضرب الثاني
ان يكون له نيه في عزل واحده منهن فلا تطلق المعزوله منهن
سوا كانت السايله او غيرها وتطلق من سواها وقال ابو حنيفه
تطلق المعزوله وغيرها لدخولها في العموم كدخولها في التعيين
وهذا فاسد لان اللفظ يصلح لكل بعض من عموم نسايه وواحده منهن
فما يصلح مع نسايه واحده منهن واذا اصلح للعموم جاز ان يصرف الى بعضها
بنا على العموم وفي هذا الوجه خالف العين فاذا ثبت ان الطلاق
للمعزوله لا يقع فالظاهر من كلام الشافعي انه لا يقع ظاهرا ولا باطنا فان
اتهمته المعزوله احلفته لها وقال بعض اصحابنا لا تطلق في الباطن
وفيما بينه وبين الله تعالى وتطلق في الظاهر في الحكم والله اعلم

باب ما يقع به الطلاق من الكلام ولا يقع الا بالنية من كتب

قال الشافعي رحمه الله تعالى ذكر الله تعالى الطلاق في كتابه بثلثة اسما الطلاق والفراق
والسراح اما الطلاق فلا يقع الا بالكلام وما قام مقامه عند العجز من الكلام
ولا يقع بمجرد النية من غير كلام فلو نوى طلاق امراته لم تطلق وقال ابن سيرين ومالك
في احدى روايتيه تطلق بمجرد النية حتى لو نوى طلاق امراته طلقت استدلالا بقول
النبي صلى الله عليه وسلم وانما لامرئ ما نوى قال ولانه لما وقعت الفرقة بنية
الردة جاز ان يقع بنية الطلاق ودليلنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال ان الله تعالى وضع عن امتي ما حدثت به انفسها والنية من حديث
النفس فاقتضى ان تكون موضوعة عنه ولان الطلاق ازالة ملك والملك
لا يزول بمجرد النية كالعتق والهبة ولان الطلاق احد طرفي النكاح
فلم يصح بمجرد النية كالعقد واما قوله عليه السلام وانما لامرئ ما نوى فالمراد
به ثواب قربة الى فعلها فلم يدخل فيه نية طلاق لم يفعل واما الردة
فلان ثبوت الردة يوقع الفرقة والردة تكون بمجرد الاعتقاد كالايمان
وليس كذلك الطلاق • **فصل** فاذا صح ان الطلاق لا يقع الا بالقول
فالالفاظ فيه تنقسم ثلثة اقسام قسم يكون صريحا فيه والصريح ما تعينت به
الفرقة من غير نية وقسم يكون كناية فيه والكناية ما تعينت به الفرقة
مع النية ولم يقع به من غير نية وقسم لا يكون صريحا فيه ولا كناية وهو
ما لا يقع به الفرقة سوا كانت معه نية او لم تكن فاما صريح الطلاق فهو على
مذهبنا ثلثة الفاظ الطلاق والفراق والسراح وقال ابو حنيفة
صريح الطلاق لفظة واحدة وهي الطلاق دون الفراق والسراح استدلالا
بان كل لفظ تعارف الناس استعماله في الطلاق وغير الطلاق لم يكن صريحا
في الطلاق قياسا على قوله انت حرام علي وقد تعارف الناس استعمال الفراق
والسراح في غير الطلاق فلم يكن صريحا في الطلاق

ودليلنا هو ان كل لفظ ورد به القران في قصد الفرقة من الازواج
كان صريحا فيها كالطلاق وقد ورد القران بهذه الالفاظ الثلثة
اما الطلاق فبقوله الطلاق مرتان وبقوله اذا طلقتم النسا
فطلقوهن لعدتهن وغير ذلك واما السراح فبقوله فامساك بمعروف او
تسريح باحسان وقال تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا
واما الفراق فبقوله فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف فاعترضوا
على هذه الدلالة وهي دلالة الشافعي بسؤالين احدهما ان قالوا
هذا منتقض بالفدية فقد ورد بها القران في الفرقة بقوله فلا جناح
عليهما فيما افتدت به وليس بصريح بالطلاق فعنه جوابان احدهما ان الفدية
لفظ صريح في حكمه انه فسخ او طلاق على احد القولين والثاني ان
مقصود الفدية استباحة ما افتدت به بعد ان كان محظورا قبله بقوله
ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا ثم نسخ بقوله فلا جناح عليهما
فيما افتدت به والسؤال الثاني ان قالوا الكتابة قد ورد بها القران
في العتق بقوله فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا والفك قد ورد به القران
في العتق بقوله وما ادراك ما العقبة فك رقبة وليس الكتابة والفك
من صريح العتق وكذلك الفراق والسراح جاز وان ورد بهما القران
ان لا يكونا من صريح الطلاق فعنه جوابان احدهما ليس يلزم اذا كان
ما ورد به القران في الطلاق صريحا ان يكون ما ورد به القران في العتق
صريحا والكتابة فتلفظها فيه ما يمنعها من ان تختص كل واحد منهما بجملته
والثاني ان الكتابة المراد بها العقد المكتوب بين السيد وعبده دون
العتق وهي صريح فيه واما فك الرقبة فنزل ذلك بسبب دهوان ابا
الاسد بن الجمحي وكان ذا قوة يدل بها فانزل الله تعالى فيه ايحسب ان لن يقدر عليه

جوابان

احدا الى قوله بلا اتمم العقد اي انه وان دل بقوته فليس ينفرد على
اتمام الا بعقد ربه فخرج مخرج الخبر عن صفة مفتحها ولم يخرج
مخرج الامر فصار بدلا معتبرا لها والسوال الثالث ان السراح لو
كان صريحا في الطلاق لما سأله رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ورود
قوله تعالى الطلاق مرتان عن الثالثة حتى بين فقال او تسريح باحسان ولكان
السايل يعلم انه صريح فيستغني عن السوال والجواب عنه ان صريح الطلاق
وكنايته من الاحكام الشرعية التي تخفى على اهل اللغة فسأله ليعلم صريح الشرع
دون اللغة وذلك مما لا يستغني عنه احد والسوال الرابع ان الطلاق انما
كان صريحا لان القران ورد به ولكنه لا يستعمل في غير العرف فلذلك
فلذلك صار صريحا والفراق والسراح قد يستعملان في غير العرف كناية
فانه قد يستعمل الطلاق في غير القوة فيقال طلق فلان الدنيا اذا
زهد فيها وطلقت فلانة من وثاقه وقد ذكرنا بعض ذلك عن بعض اخوانه فقال
اذهب جضيب فان ود ك طالق مني وليس طلاق ذات البين
في انكر ذلك احد من اهل اللغة فلم يمنع استعمال الطلاق في غير اللغة
ان يكون صريحا فيه كذلك الفراق والسراح والسوال الخامس ان الطلاق كان
صريحا فيه كذلك الفراق والسراح والسوال الخامس ان الطلاق
كان صريحا فيه لكثرة استعماله والفراق والسراح يقل استعمالهما فكانا عرفه
كناية فيه قيل الصريح حكم شرعي يأخذ منه ما جاء فيه بحكم الشرع العرف باستعمال
ومما يعرف الشرع كالطلاق وان خالفا في عرف الاستعمال وقياس
ثاني وهو ان الفاظ الملك اذا استوى لم يقف صريحه على لفظ واحد
كالعتق وقياس ثالث وهو ان الطلاق احد طرفي النكاح فوجب
ان لا يقف صريحه على لفظه واحده كالعقد وقياس رابع وهو ان كل
لفظ لا تستعمل في الطلاق عند الغضب والطلب الحق به الطلاق

كان صريحا فيه كالطلاق وقياس خامس وهو انه احد نوعي الطلاق
فلم يقف على لفظه واحده كالكنايه لان الطلاق صريح وكنايه
فاما الجواب عن قياسهم فقد مضى في اجوبة الاسولة ثم المعنى في الاصل
انه لم يرد به القران والله اعلم **مسله** قال الشافعي وان قال انت
طالق او طلقتك او فارقتك او سرحتك لزمه الطلاق اذا اراد
عدا ان صريح الطلاق ثلثة الفاظ الطلاق والفراق والسراح فاذا
قال لها انت طالق او قد طلقتك او انت مطلقه او يا مطلقه كان كل
هذا صريحا في وقوع الطلاق وقال ابو حنيفه اذا قال لها انت مطلقه
لم يكن صريحا لانه اخبار واذا قال لها يا مطلقه لم يكن صريحا لانه يزا
وهذا خطا لان اخبارها ونداها انما يكون بعد ان استقر عليها
ولو لم يستقر لما صح ان يكون نداء ولا خبرا ولان قوله انت طالق اخبار
وهو صريح فكذلك قوله انت مطلقه واذا صح ان يكون النداء صريحا فهكذا
لو قال انت مفارقه او قد فارقتك او يا مفارقه كان صريحا في وقوع
الطلاق عليها وهكذا لو قال انت مسرحه او قد سرحتك او يا مسرحه
كان كل هذا صريحا في وقوع الطلاق عليها **فصل** فلو قال
لها انت طالق يا مطلقه صار بهذا النداء بعد تقدم الطلاق
محتملا فيرجع فيه الى ارادته لزيادة طلاق ولتكرار من وقع عليها الطلاق
وكذلك لو خاطبها بهذا **فصل** واذا قال لها انت الطلاق ففيه
وجهان احدهما انه صريح يقع بغير نيه اعتبارا باللفظ والوجه الثاني
يكون كنايه لانها لا تكون مطلقه ولا تكون طلاقا **فصل** واذا
قال له رجل طلقت امراتك هذه فقال نعم فقد اختلف اصحابنا هل يكون صريحا
في وقوع الطلاق فاما على وجهين احدهما وهو الاظهر انه يكون صريحا لا يرجع
فيه الى ارادته كما يكون اقرارا عند سوال الحاكم صريحا والوجه الثاني

الثاني ان يكون كناية يرجع فيه الى ارادته لان ظاهره احتمال
عن سؤال اخر **مسئلة** قال الشافعي رحمه الله ينوي في الحكم ويدين
فيما بينه وبين الله تعالى لانه قد يريد طلاقا من وثاق وتحاول قال العلامة
ابن حجر ببحر النفس اعلم ان الحال لا يخلو من يلفظ بصريح الطلاق له
اربعة اقسام احدها ان يقصد اللفظ وينوي الفرقة فيقع به الطلاق
اجماعا اذا كان المتلفظ من اهل الطلاق والقسم الثاني ان يقصد اللفظ
ولا ينوي الفرقة فيقع به الطلاق لان الصريح لا يفتقر الى نية وهو قول جمهور
الفقها وقال داوود لا يقع به الطلاق الا مع النية استدلالا بقول النبي
صلى الله عليه وسلم ولكل امرئ ما نوى وهذا خطا لقول النبي صلى الله
عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق ولان
الفرقة تقع بالفسخ تارة وبالطلاق اخرى فلما لم يفتقر الفسخ الى النية لم يفتقر
الطلاق اليها ولانه لما لم يفتقر صريح العتق الى النية لم يفتقر صريح الطلاق
الى النية ولانه قد افترق في الطلاق حكم الصريح والكناية فلو افتقر الصريح
الى النية لصار جميعه كناية واذا كان كذلك فقد وقع الطلاق مع عدم
النية ظاهرا وباطنا والقسم الثالث ان يقصد اللفظ ويريد به طلاقا
من وثاق او فراقا الى سفر او سرحا الى اهل فيلزمه الطلاق في ظاهر
الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى في الباطن وقال ابو حنيفة يلزمه
الطلاق في الظاهر والباطن ولا يدين كما لا يدين اذا لفظ بالطلاق بعد
الطلاق ودليلنا قول النبي صلى الله عليه وسلم انما سنوا العبد حساب
الرب اي انما شبه الاحكام الظاهر دون الباطن وان كان الله تعالى حاسبه
على الظاهر والباطن وقال النبي صلى الله عليه وسلم انما احكم بالظاهر والله
يتولى السرائر ولان اللفظ يحتمل ما نوى لانه لو صرح به لكان محمولا عليه فاذا
نواه دين فيه لانه احد احتماليه وليس كذلك اذا اوقع الطلاق
من بعد ايقاع الطلاق لانه سلب اللفظ حكم الذي احتمله

والقسم الرابع ان لا يقصد اللفظ ولا يريد به الفرقة وانما سبق به لسانه
غلطا او دهشا او كان اعجميا لا يعرف لفظ الطلاق والاحكام فالطلاق لازم
له في ظاهر الحكم وهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يلزمه في الباطن **فصل**
فاما زوجة المدعي في طلاقه انه الزم الطلاق في الظاهر دون الباطن
فلا تخلو حالها من ثلثة اقسام اما ان تعلم صدقه فيما ادعى فيه فيسعها فيما
بينها وبين الله تعالى ان تقيم معه وتمكنه من نفسها والاولى لها ويجب على
الزوج نفقتها وتحرم عليها النشوز عنه فان نشزت اجبرها الحاكم وان اتت
لوقوع طلاقه في الظاهر واختلف اصحابنا في الحاكم اذا رآها على الاجتماع
هل يلزمه التفرقة بينهما ام لا على وجهين احدهما يلزمه بحكم الظاهر بالفرقة
والوجه الثاني لا يلزمه الا ان يراهما يعلمه من الاجتماع لحقوق اباحة
الشرع فلو ترافعا الى حاكم بينهما ففي تحريمها عليه في الباطن وجهان من اختلاف
الوجهين في وجوب حكمه بالفرقة والقسم الثاني ان تعلم الزوجة كذبه
فيما ادعى فيه فعليها الهرب منه ولا يسعها في حكم الظاهر والباطن ان
تمكنه من نفسها وان جوزنا للزوج ان يستمتع بها وان سالت الحاكم ان يحكم
بينهما بالفرقة لزمه الحكم بها ويكون لها بعد انقضاء العدة ان تتزوج بغيره
ويجوز لمن خطبته ان يتزوجها ان لم يصدق الزوج فيما ادعى فيه وان علم صدقه
لم يجز ان يتزوجها الا بحكم الحاكم بينهما وفي جوازه بعد حكم الحاكم بالفرقة
وجهان والقسم الثالث ان لا تعلم الزوجة صدقه فيما ادعى فيه ولا كذبه
فيكره لها تمكينه من نفسها لجواز كذبه وفي تحريمه عليها فيما بينها وبين
الله تعالى وجهان احدهما لا يحرم عليه لجواز صدقه تغليبا لحكم
النكاح وتغليبا للنيابة فعلى هذا يكون في حكم القسم الاول والوجه الثاني
تحرم عليها في الباطن تغليبا لوقوع الطلاق في الظاهر فعلى هذا يكون

في حكم القسم الثاني فلو ادعا عليها تصديقه فيما دين فيه وانكرته ففي وجوب
الحد او فهل عليه وجهان بناء على ما مضى والله اعلم **مسئلة**
قال الشافعي وسواء كان ذلك عند غضب وسؤال طلاق او رضى
وقد يكون السبب ويحدث كلام على غير السبب اما صريح الطلاق
فيستوي حكم الغضب والرضى وعند مسألة الطلاق وفي الابتدا
وهو متفق عليه واما كنايات الطلاق فحكمها عندنا في الغضب والرضى
سوى وعند مسألة الطلاق وفي الابتدا انه لا يقع الا بنية [illegible]
وقال ابو حنيفة ومالك ان لم يقترن بالكنايات سبب من غضب او
طلب لم يقع بها الطلاق الا مع النية وان قارنها سبب من غضب
او طلب فعند مالك يقع الطلاق بجميعها من غير نية وعند ابي حنيفة
يقع الطلاق بجميعها من غير نية وعند ابي حنيفة يقع الطلاق بستة
الفاظ منها بغير نية وهي قوله انت خلية بريه او بتة او بائن او حرام
وامرك بيدك والباقي بغير هذه من الكنايات الا مع النية على ما سنذكره
في موضع استدلالا بان دلالة الحال تصرف الكلام عن حقيقته
وموضوعه الى غيره وتخصه بحكم دون حكم اسميها الا ترى ان الخلع
لو قرن به العوض كان صريحا ولو تجرد عن العوض كان كناية
والخلع حكم بالقرينة دون المسمى بالكنايات ولانه لما كان حضور الشرط
مقصور عليه وجب ان يكون الحكم عن سبب محمول عليه قال ولانه
لفظ من الفاظ الطلاق فوجب ان يكون طلاقا كالفراق والسراح
ودليلنا ما روي ان ركانة بن عبد يزيد طلق امراته سهيمة البتة فاتى
النبي صلى الله عليه وسلم وقال قد طلقت امراتي البتة فقال له ما
اردت بها فقال والله ما اردت الا واحدة فقال له النبي
صلى الله عليه وسلم ما اردت الا واحدة فقال والله ما اردت

الا واحدة فرجع اليه في ارادته ولو اختلف حكمه بالسبب لسأله عن الغضب
والطلب والرضا لسأله عنه ولبينه له ولان الاحكام لا تختلف بالغضب والرضا
كسائر الاحكام ولان الكناية احد نوعي الطلاق فلم يختلف بالرضى والغضب
كالصريح ولانها كناية لم تقترن بها نية الطلاق فلم يكن طلاقا كالرضا
وعدم الغضب واما الاستدلال بان دلالة الحال تصرف الكلام عن حقيقته
وموضوعه فقد قال الشافعي ان الاسباب متقدمة والايمان بعدها
محدثة وقد تخرج على مثالها وعلى خلافها فاخذته بمخرج يمينه وان كان
لفظه عاما لم اعتبر خصوص السبب واذا كان لفظه خاصا لم اعتبر عموم السبب
وقد يقع الطلاق في حال الرضى ويرجع عن نية الطلاق في حال الغضب
وفي استشهاده بكلام مضى في موضع يقع به من صحة الاستشهاد واما
قياسهم على الفراق والسراح فلانهما صريحان في الرضى والغضب كالطلاق
واما الشرط والحذا فيخالف الحكم والسبب لامرين احدهما اتصال الشرط
وانفصال السبب والثاني ان الشرط منطوق به فلم يدخله احتمال
والسبب غير منطوق به فدخله الاحتمال والله اعلم **مسئلة**
قال الشافعي فان قال قد فارقتك سائرا الى المسجد او سرحتك الى اهلك
او طلقتك من وثاقك او ما اشبه هذا لم يكن طلاقا وهذا صحيح
اذا قيد صريح الطلاق بما يسلبه حكم الصريح مثل ان يقول قد طلقتك
من وثاق او فارقتك الى المسجد وسرحتك الى اهلك فهذا على
ضربين احدهما ان يقول ذلك متصلا من قوله طلقتك ومن قوله من
وثاقك فقد سلب حكم الطلاق الصريح في الوقوع باطنا وهو على قوله
قد طلقتك ولا يؤثر منه ما استانفه بعد الاستثنا من قوله من وثاقك
كما لا يؤثر الاستثنا بمشية الله وما العدد بعد انقطاع الكلام والصمت

ان يكون ذلك متصلاً لا ينفصل من قوله طلقتك ومن قوله من وثاقك فيصير
اول الكلام مربوطاً بآخره فيخرج اوله من الصريح بما اتصل به في آخره
كما لو اتصل بالكلام استثناء صار حكم اوله محمولاً على الاستثناء آخره
فان قيل فقد قدم صريح الطلاق بقوله قد طلقتك وقد يجوز ان
يتعقبه ندم فيصله بقوله من وثاقك قيل لا معنى لهذا التوهم لان
الكلام المتصل يتعلق الحكم بجميعه لا ببعضه الا ترى لو قال لا اله الا الله
كان موحداً بالاثبات وان كان اوله نفياً وآخره اثباتاً وليس لنا ان
نقول انه قد كفر بقوله لا اله ثم جاز ما استدرك بقوله الا الله سعى
ان نحكم بكفره والحكم باباحته واذا كان كذلك صار بهذا اللفظ الصريح
بما اتصل به من القرينة كناية يقع به الطلاق ان نواه ولا يقع
به ان لم ينوه ، **فصل** واذا قال الرجل لامراته انا طالق منك كان
كناية يقع به الطلاق ان نواه ولا يقع به ان لم ينوه ، **فصل**
وكذلك لو جعل اليها طلاق نفسها فقالت انت طالق مني كان كناية يقع
بها الطلاق ان نوته ولا يقع ان لم تنوه وقال ابو حنيفة لا يقع
طلاق لا اذا قال الزوج انا طالق منك ولا اذا قالت الزوجة
انت طالق مني ولو قال الزوج انا باين منك او انا حرام عليك قال ابو حنيفة
يقع به الطلاق ان نواه واستدل ابو حنيفة على ما قاله بما روي ان
رجلاً جعل امر امراته بيدها فطلقت زوجها فسال عبد الله بن
عباس عن ذلك فقال خطا الله نوءها انما الطلقت نفسها انما
الطلاق لك عليها وليس لها عليك ولانه لما اختص اسم الطلاق
بالزوجة دون الزوج فيقال لها انها طالق ولم يقل للزوج انه طالق
وجب ان يختص حكم الطلاق بالزوجة دون الزوج فيقع الفرقة
بالطلاق عليها ولا يقع بالطلاق عليه لان ثبوت الحكم يقتضي

ثبوت الاسم وانتفاء الاسم يقتضي انتفاء الحكم كما ان انتفاء اسم الزوجة
يوجب انتفاء حكمها وثبوت اسمها يوجب ثبوت حكمها قال ولان الزوج
لو كان محلاً لوقوع الطلاق عليه لكان صريح الطلاق فيه صريحاً ولكان
حكمه فيه متعلقاً فلما انتفى عنه صريح الطلاق ولم يجب عليه العدة
من الطلاق دل على انه ليس بمحل للطلاق كالاجنبي وان قوله لزوجته
انا طالق منك كقوله لعبده انا حر منك فلما لم يكن هذا عتقاً لم يكن طلاقاً
قال ولان الطلاق هو الاطلاق من الحبس والزوجة محبوسة عن
الازواج فجاز ان يقع عليها الطلاق والزوج غير محبوس بها عن
الزوجات فلم يجز ان يقع عليه الطلاق ودليلنا ما روي ان عبد
الله ابن مسعود سأل عمر بن الخطاب عن وقوع الطلاق على الزوج فقال
عمر كيف ترى انت فقال اراها واحدة وزوجها احق بها فقال
عمر نعم ما رأيت فدل ذلك على اجماعهما على ان وقوع الطلاق على الزوج
كناية فيه ولانه احد الزوجين فجاز ان يقع الفرقة بوقوع الطلاق
عليه كالزوجة ولانه لما صلح ان يقع به الفرقة اذا وقع على الزوجة
جاز ان يقع به الفرقة على الزوج كالتحريم والبينونة ولان من صح اضافة
كناية الطلاق اليه صح اضافة صريحه اليه كالزوجة طرداً والاجنبي
عكساً ولا ينتقض بالعدة لان هذا الاصل هو ان صريح الطلاق اقوى من
كنايته فلما وقعت الفرقة بكناية الطلاق في الزوج كان وقوعها بصريحه
فيه اولى واما استدلاله بحديث ابن عباس فقد خالفه عمر وابن مسعود
وقول الاثنين اقوى من قول الواحد واما استدلاله بانتفاء الاسم عن الزوج
فاوجب انتفاء حكمه فباطل بقوله انا باين منك وحرام عليك على ان حكم
الطلاق متعلق بكل واحد من الزوجين وان اختص احدهما بالاسم

وأما استدلاله بأنه لما لم يكن صريح الطلاق فيه صريحا ولا وجب
عليه العقد لم يكن محلا له فالجواب عنه أنه إنما لم يكن في حقه صريحا
لأن الصريح ما اقترن به عرف الاستعمال عندهم وعرف القرآن عندنا
ولم يثبتا في جنبة الزوج عرف الاستعمال ولا عرف القرآن فلم يكن صريحا
وثبتنا وله في جنبة الزوجة عرف الاستعمال وعرف القرآن فكان صريحا
وأما العقد فهي الامتناع من الأزواج والزوجة ممنوعة من ذلك في
حال الزوجية فمنعت منه بعقد الزوجية والزوج غير ممنوع منه
في حال الزوجية فلم يكن ممنوعا منه بعقد الزوجية وأما الاستدلال بقوله
لعبده أنا حر منك فقد اختلف أصحابنا هل يكون كناية به في عتقه أم لا
على وجهين أحدهما وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه يكون كناية في عتقه
يعتق به إذا نواه فعلى هذا سقط الاستدلال به والوجه الثاني
وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه لا يكون كناية ولا يعتق به فعلى هذا
الفرق بينهما أن العتق إنما هو إزالة الرق والرق مختص بالعبد دون السيد
فلم يصح العتق إلا بتوجيه اللفظ إلى العبد دون السيد وليس كذلك
الطلاق لأنه يقع الزوجية التي قد يشترك فيها الزوجان فجاز أن
يقع الفرقة بوقوعها على الزوجين وأما استدلاله بأن الطلاق هو
إطلاق من الحبس وهذا مختص بالزوجة دون الزوج فعنه جوابان
أحدهما أن الطلاق هو الإطلاق من عقد النكاح والعقد متعلق بهما
فجاز أن يكون الطلاق واقعا عليهما والثاني أنه وإن كان إطلاقا من
حبس فهو محبوس بها عن نكاح أختها وخالتها وعمتها وعن نكاح أربع سواها
كما كانت محبوسة عن غيره فجاز أن يقع الطلاق عليه لينطلق من حبس
هذا التحريم كما وقع عليها فانطلقت من حبس التحريم والله أعلم

مسألة قال الشافعي

ولو قال أنت خلية أو برية أو بائن أو بتة أو حرام أو ما أشبهه فإن قال قلته
ولا أنوي طلاقا وأنا أنوي به الساعة طلاقا حتى يبتدئ به وينوي
الطلاق وما أراد من عدده قد ذكرنا أن الألفاظ التي يخاطب بها
الرجل زوجته في الطلاق ينقسم ثلاثة أقسام صريح وكناية وما ليس بصريح
ولا كناية فأما الصريح فقد ذكرنا أنه ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق
والسراح ومعنى الصريح أنه لا يفتقر في وقوعه إلى نية وأما الكناية
فهو الذي لا يقع الطلاق به إلا مع النية وهو كل لفظ دل على المباعدة
وقال الشافعي في كتاب الرجعة كل ما أشبه الطلاق فهو كناية والكنايات
ضربان ظاهرة وباطنة فالظاهرة ستة ألفاظ خلية وبرية وبائن
وبتة وحرام والباطنة اعتدي واذهبي واعزبي والحقي بأهلك وحبلك
على غاربك والحاجة لي فيك وانكحي من شئت واستبرئي وتقنعي وقومي
واخرجي وتجرعي وذوقي وكلي واشربي واختاري وما أشبه ذلك على
ما سنشرحه وكلا الضربين عندنا سواء وحكم الظاهرة والباطنة عندنا
واحد فإن اقترن بالنية وقع به الطلاق وإن تجرد عنها لم يقع وقال
مالك الكنايات الظاهرة يقع بها الطلاق الثلاث من غير نية وإن نوى بها
واحدة كانت في غير المدخول بها ما نوى وفي المدخول بها ثلاثا وقال
أبو حنيفة جميع الكنايات الظاهرة والباطنة يقع عليها الطلاق إذا قارنها
أحد ثلاثة أشياء النية أو الغضب أو طلب الطلاق والكنايات منها
ظاهرة أوقع بائنا وما كان منها باطنا وقع رجعيا إلا أن يريد بها ثلاثا فيكون
ثلاثا ولو أراد اثنتين لم يكن إلا واحدة ولو أراد بصريح الطلاق ثلاثا
واثنتين لم يكن إلا واحدة وله في كل لفظة مذهب يطول شرحه لكن
نقتصر على جملته ما ذكرناه فصار الكلام معه في أربعة فصول أحدها

ان الغضب والطلب هل يقومان في الكنايات مقام النية ام لا والثاني ان وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة هل يكون بائنا ام لا والثالث انه اذا اراد بالكنايات البائن هل يكون ثلاثا ام لا والرابع انه اذا نوى بصريح الطلاق الثلث هل يكون ثلثا ام لا فاما الفصل الاول في الغضب والطلب فقد مضى الكلام فيهما وذكرنا انه لا تاثير لهما في صريح ولا كناية

فصل واما الفصل الثاني وهو ان وقوع الطلاق بالكنايات الظاهرة هل يكون رجعيا اذا لم يرده ثلثا فعندنا يكون رجعيا ان اراد به واحدة واثنتين اذا لم يكن له نية في عدده وقال ابو حنيفة يكون بائنا لا يملك فيه الرجعة استدلالا بان قوله انت بائن لفظ يقتضي البينونة فوجب ان يقع الطلاق به بائنا كالثلث ولانه لا يخلو ان يعمل هذا اللفظ في وقوع الطلاق فوجب ان يقع على مقتضاه وان لم يعمل خرج البينة عن لفظها فلذلك وجب ان يقع به طلاق ودليلنا حديث ركانة ابن عبد يزيد حين طلق امراته سهيمة البتة فسأله النبي صلى الله عليه وسلم عما اراد بالبتة فقال واحدة فاحلفه عليها وردها عليه فدل على انها لا تكون بائنا خلاف قول مالك وتكون رجعية خلاف قول ابي حنيفة وروي ان المطلب ابن حنطب طلق امراته البتة فقال له عمر امسك عليك زوجك فان الواحدة لا تبت وهذا دليل عليهما وروي انه قال فان الواحدة تبت بانقضاء العدة ان لم تمسك وروي ان ابن التوءمة طلق امراته البتة فقال لعمر ما اردت قال واحدة فاحلفه فقال اتراني اقيم على فرج حرام فاحلفه واقره على نكاحه وليس يعرف لعمر في هذا مخالف فكان اجماعا على مالك وابي حنيفة ولان وقوع الطلاق اذا تجرد عن عدد وعوض كان رجعيا في المدخول بها قياسا على قوله انت طالق او اعتدي واستبري رحمك او انت واحدة فان ابا حنيفة وافق على هذه الاربع انه يملك فيها الرجعة ولانها معتدة لحفظها الطلاق ثم حب

ان يملك رجعتها كالمطلقة بالصريح ويماددها من الكناية ولان ما لم يتعلق بصريح الطلاق لم يتعلق بكنايته كتحريم الثلث ولان ما لم يمنع صريحه من الرجعة لم يمنع كنايته من الرجعة كقوله انت واحدة وهو جواب عن [illegible] طالق ولان صريح الطلاق اقوى من كنايته فلما لم يرفع الصريح الرجعة فاولى ان لا يرفعها الكناية والنية لو نوى بالطلاق الصريح انه بائن لم يرفع الرجعة فاذا تجرد لفظ البائن عن الصريح فاولى ان لا يرفع الرجعة فاما استدلاله بانه لفظ يقتضي البينونة فينتقض بقوله انت طالق لا رجعة لي عليك يكون طالقا وله الرجعة فلم يرفع بهذا اللفظ وان كان مقتضيا للبينونة ثم المعنى في الاصل الذي هو الثلث انها تنفي العدد واما استدلاله بانه اذا وقع به الطلاق وقع بمقتضاه فينتقض بلفظ الطلاق انه يقتضي طلاقا من جنسه وقد يكون رجعيا لا يخرج به من جنسه

فصل واما الفصل الثالث وهو اذا نوى بالكنايات الثنتين وقع اثنتان عندنا وقال ابو حنيفة لا يقع الا واحدة استدلالا بان قوله انت بائن يقتضي البينونة وهي نوعان صغرى وهي التي تنفي الرجعة وتحل قبل زوج وكبرى وهي التي تقطع حكم الرجعة ولا تحل الا بعد زوج فاذا اراد الكبرى وقعت وكانت الثلث جميعا وان لم يرد الكبرى وقعت الصغرى لانها الاقل عنها وهي واحدة فاما الثنتان فخارج منهما ولان لفظ البينونة لا تتضمن عددا الا ان البائن مثل الحائض والطاهر والحيض ان يقول لمستحاضتان وطاهرتان ما لم يتضمن العدد لم يجز ان يتعلق عليه العدد ودليلنا هو ان ما ملك عدد ملك ايقاعه بالصريح ملك ايقاعه بالكناية كالثلث فان وقوع الثلث اغلظ من وقوع الثنتين لان الثالثة لا تقع الا بعد الثانية فاذا وقع الثنتان في الثلث فاولى ان يقع الثنتان دون الثالثة فاما استدلاله بان البينونة بالصريح لا تكون الا واحدة فانه ليس فيها بالواحدة وان [illegible] بانه البينها كالحلم

وإن كانت تنبئ بالواحد نحو أن يجي الفقهاء على السنن وأما المستدل له بأن
لفظ الثاني لا يتضمن عددا إلا أنه إخبار أن يقال أنت بائن بيسار فهذا فاسد
بالثلث لأنه لو لم يتضمن العدد لم يقع الثلث وإذا جاز أن يقع ثلث جاز
أن يقع ثنتين والتسع أن يقال أنت بائن بثنتين كالأسع أن يقال أنت بائن بثلث
فصل وأما الفصل الرابع وهو إذا نوى بصريح الطلاق ثلثا فقال
أنت طالق ونوى الثلث كانت ثلثا ولو نوى اثنتين كانت اثنتين فيحمل صريح الطلاق
على ما نوى من عدده وقال أبو حنيفة لا يقع بصريح الطلاق إلا واحدة
ولو قال أنت طالق ونوى طلقتين أو ثلثا لم يقع إلا واحدة إلا أن يتلفظ
بالعدد نطقا أو يقول أنت الطلاق ناويا للثلث فتطلق ثلثا وفرق بين
قوله أنت طالق ونوى ثلثا فتطلق واحدة وبين قوله أنت الطلاق ونوى
الثلث فتطلق ثلثا بأن الطلاق مصدر يحتمل العدد قال الله تعالى
الطلاق مرتان وقوله أنت طالق إخبار عن صفة لا يحتمل العدد كما لا يحتمل
دخول العدد في قولهم أنت قائم وقاعد وراكع وساجد وجعل
هذا الفرق منها دليلا قال ولأن الطلاق صريح في الواحد ولم
يجز أن يجعل كناية في الثلث لأنه يؤدي إلى أن يكون اللفظ الواحد
بحسب الواحد صريحا كناية في حال واحد وهذا فاسد ودليلنا
أن قوله أنت طالق عند أهل العربية اسم فاعل لأنهم يقولون طلقت
فهي طالق كما قالوا حاضت فهي حائض وضربت فهي ضارب واسم الفاعل يحتمل
العدد لأنه حسن أن يفسر بأعداد المصادر فيقال أنت طالق طلقتين
وأنت طالق ثلث تطليقات وحسن به طلقة وضارب ما به ضربة ولو كان الاسم
لا يتضمن أعداد المصادر ما حسن أن يفسر به كما لا يحسن أنت ضارب طلقة
وقائم نعله وإذا تضمن العدد بدليل ما ذكرنا جاز أن يقع به الثلث
كما يقع بقوله أنت الطلاق ولحرمته قياسا أن ما تلفظ جاز أن يكون العدد فيه مضمرا

جاز أن يكون العدد فيه مضمرا كالمصدر إذا قال أنت الطلاق ودليل
ثان وهو أنه لو قال أنت طالق ثلثا وقعت الثلث بقوله أنت طالق
وكان قوله تفسيرا للعدد المضمر فيه لا ابتداء لو قال لغير مدخول بها أنت
طالق ثلثا طلقت ثلثا ولو كانت الثلث لا تقع إلا باللفظ الأول لما وقع عليها
إلا واحدة لأن غير المدخول بها لا تطلق بلفظ بعد لفظ لأنه لو قال أنت طالق
وطالق وقعت الأولة ولم تقع الثانية وإذا جاز أن يكون العدد مضمرا فيه المظهر
جاز أن يكون مضمرا فيه إذا نواه ويحرره قياسا أن ما تضمن عددا جاز أن يتضمن مثله
الطلاق كما جاز أن يتضمن اسم الطلاق كالمظهر ودليل ثالث وهو أنه قال
أنت طالق وأشار بأصابعه الثلث طلقت ثلثا ونية الثلث أقوى من إشارته
بالثلث لأن الكناية يعمل فيها النية ولا يعمل فيها الإشارة فلما وقعت الثلث بالإشارة
فأولى أن تقع بالنية وأما استدلاله بأن قوله أنت طالق إخبار عن صفة لا
يتضمن عددا فهو خطأ لما ذكرنا أنه اسم يحتمل العدد ولما ذكرنا من جواز
قوله أنت طالق ثلثا وقوله أنت حائض وطاهر وقائم وقاعد فقد بينا الجواب
أن يجمع منه عدد في حال واحدة فلم يتضمن العدد وليس كذلك الطلاق
الذي يصح أن يجتمع منه العدد في حالة واحدة مجاز أن يتضمن العدد كما
نجوز أن يقال أنت عالم علمين وجاز حرزين فجاز أن يتضمن العدد وأما
استدلاله بأنه صريح في الواحدة فلم يجز كناية في الثلث فغير مسلم لأنه
إذا نوى الثلث كان صريحا فيها ولم يكن صريحا في واحدة كناية في اثنتين فلم
يسلم لهم ما استدل به فصل وإذا تمهد حكم الكناية وأن الطلاق
لا يقع بها إلا مع النية فإن تجردت عن النية لم يقع بها طلاق وإن قوله
أنت طلية تحتمل طلية من خير وطلية من شر وطلية من زوج فلم يحمل على
أحد محتملاته إلا بنية وكذا قوله أنت بائن يحتمل من الخير والشر

والزوج وكذلك سائر الكنايات مقابل فيها الاحتمال فلم يقع بها الطلاق
من غير نية فاما اذا وجدت الكناية ونية الطلاق فلا تخلو حال النية
من اربعة اقسام احدها ان تكون النية متقدمة على جميع اللفظ فلا
يقع الطلاق لان النية تجردت عن لفظ فلم يقع بها الطلاق والقسم
الثاني ان تكون النية متأخرة عن جميع اللفظ فلا يقع الطلاق ايضا
لما ذكرنا من ان اللفظ لما تجرد عن النية لم يقع به طلاق والنية لما تأخرت
عن اللفظ لم يقع بها طلاق مثاله في نية الصلاة ان تقدمت على
الاحرام لم تصح وان تأخرت عنه لم تصح والقسم الثالث ان تكون مقارنة لجميع اللفظ
فتوجد من اول اللفظ الى اخره فالطلاق واقع باللفظ والنية معا
ولا يكون وقوعه باحدهما وان كان اللفظ هو المغلب لظهوره والقسم
الرابع ان توجد النية في بعض اللفظ وتفقد في بعضه اما ان توجد في
اوله وتعدم في اخره او توجد في اخره وتعدم في اوله مثل ان يقول
لها انت بائن فينوي عند قوله انت بائن ثم تزول النية عند قوله بائن او تزول
النية عند قوله انت وتوجد عند قوله بائن ففي وقوع الطلاق وجهين
لاصحابنا احدهما انه لا يقع لان اللفظ اذا اعتبرت فيه النية كان
وجودها في بعضه كعدمها في جميعه كالنية في تكبيرة الاحرام والوجه الثاني
ان الطلاق واقع لان استصحاب النية في جميع ما تعتبر فيه النية
ليس بلازم كالصلاة والصيام لا يلزم استصحاب النية في جميعها والاصح
عندي ان يعتبر حال النية فان وجدت في اول اللفظ وقع به الطلاق وان
عدمت في اخره كالصلاة اذا وجدت النية في اولها جاز ان تعدم في
اخرها وان وجدت النية في اخر اللفظ وعدمت في اوله لم يقع
به الطلاق كالنية في اخر الصلاة ولان النية اذا انعقدت مع اول
اللفظ كان ما بعده راجعا اليها واذا دخلت من اوله صار لغوا

وكان ما بقي منه مع النية ناقصا لخروجه من كنايات الطلاق وهذا الفصل
اشبه بنص الشافعي لانه قال لم يكن طلاقا حتى يبتدئه بنية الطلاق
ولعله قال في ابتداء اللفظ والله اعلم **مسألة** قال الشافعي ولو
قال لها انت حرة يريد الطلاق او لامته انت طالق يريد العتق لزمه
ذلك وهذا صحيح اما صريح العتق فهو كناية في الطلاق اجماعا فاذا
قال الرجل لامرأته انت حرة او انت معتقة يريد طلاقها طلقت لان عتق
الامة اطلاق من حبس الرق كما ان طلاق الزوجة اطلاق من حبس النكاح
فتقارب معناهما واما صريح الطلاق فهو كناية عندنا في العتق فاذا قال لامته
انت طالق او مسرحة او مفارقة يريد عتقها عتقت وقال ابو حنيفة
لا تعتق ولا يكون صريح الطلاق كناية في العتق وان كان صريح العتق كناية
في الطلاق استدلالا بان الطلاق يوجب التحريم وتحريم الامة لا يوجب عتقها
لانه قد يملك من تحرم عليه بنسب او رضاع ولا يعتق عليه ولهذا قوله لزوجته
انت حرة مطلق ان عتق الامة تحريم وتحريم الزوجة موجب لزوال الملك
عنها جاز ان يكون طلاقا مطلقا قال ولان كل لفظ كان صريحا في تحريم الحرائر
لم يكن كناية في عتق الاماء كالظهار ولان لفظ الطلاق اضعف حالا من
لفظ الحرائر لانه مختص بازالة الملك عن الاستمتاع والحرية تزيل الملك
عن الرقبة والاستمتاع جاز ان تكون الحرية كناية في الطلاق لقوتها ولم
يجز ان يكون الطلاق كناية في العتق لضعفه كالبيع لما كان اقوى من
الاجارة جاز ان تنعقد الاجارة بلفظ البيع ولم يجز ان ينعقد البيع بلفظ
الاجارة ودليلنا قول النبي صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ ما نوى
فكان على عمومه ولان صريح ما يجري في الرق كان كناية في غيره كالعتق في الطلاق
ولان كل لفظ صح استعماله في العتاق كقوله لا سلطان لي عليك ولان ما صح في
وقوع الطلاق به صح وقوع العتق به كقوله انت حرة ولان صريح

الطلاق اقوى من كنايته فلما وقعت الحرية بكناية الطلاق فاولى ان يقع بصريحه
ولانه لما كانت الحرية كناية في طلاق الحرة وهي صفتها في حال الزوجية
فاولى ان يكون الطلاق كناية في عتق الامة وليس من صفاتها في حال الرق
واما استدلاله بان تحريم الطلاق لا ينافي بقاء الرق والجواب عنه ان صريح الطلاق
انما كان كناية في العتق لانه يتضمن الاطلاق من حبس الملك لا ما يتعلق
به التحريم واما قياسهم على الظهار فالظهار عندنا كناية في العتق كالطلاق
فسقط الاستدلال به ثم لو سلم لهم هذا الاصل ولسنا نسلم لكان الفرق بينهما
ان الطلاق مزيل للملك مع التحريم فجاز ان يقع به الحرية والظهار يختص بالتحريم
من غير ان يزول به الملك فلم يقع به الحرية واما استدلالهم بان لفظ الطلاق
اضعف من لفظ العتاق لاختصاصه بازالة الاستمتاع عن المعقود عليه دون الرقبة
والجواب انه وان ضعف عنه في الاسم فهو اقوى منه في الحكم ثم لا يمتنع
ان يستويا في القوة اذا انضم اليه النية كما يساويه كناية الطلاق التي هي اضعف
من صريح الطلاق اذا انضم اليه النية واشبهها حكم البيع والاجارة فهم لا
يجوزون عقد الاجارة بلفظ البيع ولا يجوز عقد البيع بلفظ الاجارة وان
جاز عندنا والفرق بينهما ان لفظ البيع اعم من لفظ الاجارة فجاز ان يعقد
الاخص باللفظ الاعم ولم يجز ان يعقد الاعم باللفظ الاخص والله اعلم **مسألة**
قال الشافعي ولو قال انت طالق واحدة بائنا كانت واحدة يملك الرجعة
لان الله تعالى حكم في الواحدة والاثنين بالرجعة كما لو قال لعبده انت حر
ولا ولاء لي عليك كان حرا وله ولاؤه الى آخر الفصل وهذا الكلام يشتمل على
فصلين احدهما انه اذا طلق امرأته واحدة بائنة كانت رجعية وكذلك الاثنين
بالواحدة وان جعلها بائنة كما لا يسقط الولاء في العتق اذا اشترط سقوطه
في العتق وقال ابو حنيفة تكون الواحدة بائنة اذا جعلها بائنة
وتسقط الرجعة فيها باسقاطه لها وبنى ذلك على اصله اذا قال انت

بائن يريد به الطلاق انها طالق واحدة بائنة لا يملك فيها الرجعة
وقد مضى الكلام معه فيه ثم تفسد مذهبه هاهنا من وجهين من اصحابنا
احدهما انه لو قال لها انت طالق واحدة بائنة كانت طالقا واحدة عنده بائنة
والثاني انه لو قال لها انت طالق واحدة لا رجعة لي فيها كانت طالقة واحدة
له الرجعة كذلك في الواحدة والثانية والفصل الثاني في الكناية
يشتمل على فصلين احدهما ان الكناية لا يقع الطلاق بها الا مع النية وان وقع بالصريح
ردا على مالك حيث اوقع الطلاق بالكناية من غير نية وعلى من ذهب اليها
قولا او داود ان الطلاق لا يقع بالصريح من غير نية وقد مضى الكلام معهما
والفرق بين الصريح والكناية في اعتبار النية في الكناية دون الصريح
من وجهين احدهما ان الصريح لا يحتمل الا معنى واحدا فحمل على موجبه من غير نية
والكناية تحتمل معاني فلم تنصرف الى احدها الا بنية الا ترى ان ما كان من العبادات
لا ينعقد الا على وجه واحد كالامانة وازالة النجاسة لم يفتقر الى نية وما كان
محتملا كالصوم لم يصح ان يكون عبادة الا بالنية والثاني ان الصريح حقيقة
والكناية مجاز والحقائق تفهم مقصودها بغير قرينة والمجاز لا تفهم مقصوده
الا بقرينة فلذلك افتقرت الكناية الى النية ولم يفتقر الصريح الى نية والفصل
الثاني ان الكناية اذا وقع بها الطلاق مع النية كالبائن والبتة والخلية
والبرية كان رجعيا الا ان ينوي ثلاثا وقال ابو حنيفة تكون بائنا لا يملك فيها
الرجعة وقد مضى الكلام معه فيه **مسألة** قال الشافعي ولو كتب
بطلاقها فلا يكون طلاقا الا ان ينوي به كما لا يكون ما خالف الصريح طلاقا الا
بان ينويه اما وقوع الطلاق بغير الكلام فينقسم ثلاثة اقسام فعل وكتابة واشارة
فاما الفعل مثل الضرب والاخراج من المنزل وما يجري مجراه من الابعاد والطرد
فلا يقع به الطلاق وان نواه وعند مالك يكون طلاقا لانه يوقع الطلاق
بمجرد النية فاولى ان يوقعه بالفعل مع النية وفيما مضى من الدليل عليه ان

الطلاق ولا يقع إلا بالنية دليل على أنه لا يقع بالفعل وإن اقترنت به النية
والدليل عليه أيضا أن الطلاق أعظم حكما من الإيلاء والظهار لأنه يشاركهما
في فسخ النكاح ثم يزيد عليهما في رفع العقد فلما لم يصح الإيلاء والظهار إلا بالقول
دون النية والفعل كان الطلاق بذلك أولى. فصل وأما
الكتابة وهو أن يكتب بخط يده أنت طالق أو قد طلقتك أو أنت مطلقة فقد
اختلف الناس فيها فحكي عن النخعي وأحمد بن حنبل أنها صريح في وقوع الطلاق به
بها لا تفتقر إلى نية كالكلام لأن الله تعالى قد أنذر في كتبه فقال لأنذركم به
ومن بلغ وقد بلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم الرسالة بمكاتبته من كاتبه ولأنها
تقوم في الإفهام مقام الكلام ثم هي أعم في إفهام الحاضر والغائب من الكلام
المختص بإفهام الحاضر دون الغائب ولأن العادة جارية باستعمالها في موضع
الكلام فاقتضى أن يكون جارية في الحكم مجرى الكلام ولأن الصحابة رضي الله عنهم قد
جمعوا القرآن في المصحف خطا وأقاموه مقام تلفظهم به نطقا حتى صار ما
تضمنه حجة على الأمة لا يجوز خلافه وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكتابة ليست
صريحة كالكلام ولا يجري عليها حكم الصريح من الكلام لأن الله تعالى قد
أرسل رسوله نذيرا للأمة ومبلغا للرسالة فقال تعالى إنا أرسلناك
بالحق بشيرا ونذيرا فلو كانت الكتابة كالكلام الصريح لمكن الله تعالى رسوله
منها ولعلمه إياها ليكون مع تكليف الإنذار متمما من آلته وكاملا في الصفات
ومعانا عليه من سائر جهاته حتى لا يناله نقص بفقد ولا ضعف بعجز ولكان
لا يبعث رسولا إلا أميا لا يكتب وإن لم يكن لا يبعث رسولا أخرس لا يتكلم
وإن كتب وفي نحو هذا دليل على خروج الكتابة من صريح الكلام ولأنها
لو قامت مقام صريح الكلام لأجزأ من كتب القراءة في الصلاة عن أن يتكلم
بها في الصلاة ولا قنع من المرتد إذا كتب الشهادتين عن أن يتكلم
بالشهادتين وفي امتناعنا من ذلك دليل على خروج الكتابة من حكم الكلام

ولأنه لو كانت الكتابة صريحا كالكلام لصح بها عقد النكاح كما يقع بها من
الطلاق وفي إجماعنا على أن عقد النكاح بها لا يصح دليل على خروجها من
صريح الكلام في الطلاق وإذا تقرر أن ليست الكتابة صريحا في الطلاق فقد اختلف
قول الشافعي هل تكون كناية فيه أم لا على قولين أحدهما وأشار إليه في كتاب الرجعة
وقاله أبو إسحاق المروزي من أصحابنا أنها لا تكون كناية ولا يقع بها الطلاق وإن
نواه لأنها فعل فأشبهت سائر الأفعال ولأن كتابة اليد ترجمان اللسان
ومعبر عنه كما أن كناية الكلام ترجمان القلب ومعبر عنه فلما لم تقم الكناية مقام الصريح
الذي هو القلب لم تقم الكتابة مقام الكلام الذي هو نطق اللسان والقول الثاني وهو الصحيح
نص عليه هاهنا وفي الإملاء وقاله أبو حنيفة ومالك أن الكتابة كناية في وقوع
الطلاق بها مع النية ولا يقع بها الطلاق إن تجردت عن النية لأنها تعبر عن الكلام
احتمالها ولأنها لغة الأفعال لإفهام المخاطب بها ولأن العرف في استعمالها بدلا
من الكلام يقتضي أن يتعلق عليها بعض أحكام الكلام فصارت كالمحتمل من الكلام في اعتبار
النية فيه. فصل وإذا قلنا بالأول أن الكتابة ليست صريحا ولا كناية
فلا يقع بها الطلاق وإن نواه من حاضر ولا غائب وكذلك العتق وإن قلنا بالثاني
أن الكتابة كناية يقع بها الطلاق إذا اقترنت بالنية ولا يقع بها الطلاق
إذا تجردت عن النية وكذلك العتق ويصح بها الطلاق والعتاق من الغائب
وهل يصح من الحاضر أم لا على وجهين أحدهما يصح من الحاضر كما يصح
من الغائب لأن كنايات الطلاق والعتاق من الحاضر والغائب سواء كذلك الكتابة
والوجه الثاني أنه يصح بها الطلاق والعتاق من الحاضر والغائب
لأمرين أحدهما أن إفهام الغائب ضرورة كإشارة الأخرس ومن الحاضر غير ضرورة
كإشارة الناطق والثاني أنها تستعمل في عرف الغائب دون ... مستعمل
في عرف الحاضر وأما الظهار بالكتابة فهو كالطلاق على قولين وأما الإيلاء
بالكتابة فلا يصح قولا واحدا لأن الإيلاء يمين بالله تعالى

لا ينعقد بالكتابة فلم ينعقد بالكتابة واما عقد النكاح فلا يصح بالكتابة لانه لا ينعقد
بالكناية واما عقد البيع والاجارة بالكتابة فان قيل ان الطلاق لا يقع بها
والكون كناية فيه فالذي ان لا ينعقد بها بيع ولا اجارة وان قيل ان الطلاق
يقع بها وانها كناية فيه فهل ينعقد البيع والاجارة بها وجهان من اختلاف اصحابنا
في عقد البيع والاجارة بصريح العقد وكنايته على وجهين احدهما لا يصح بالكناية
اذا قيل انه لا يصح بالكنايات والوجه الثاني يصح بالكتابة اذا قيل انه يصح بالكنايات
وقد حكى ابو حامد المروروذي انه وجد نصا عن الشافعي انه اذا كتب الى
رجل في بلد اني قد بعتك داري فيه بكذا صح البيع اذا قبله المكاتب وكان له
الخيار ما لم يفارق مجلسه والله اعلم **مسألة** قال الشافعي وان كتب
اذا جاءك كتابي هذا فحين ياتيها واذ قد مضى حكم الكتابة بالطلاق انها للسبب
فيه وفي كونها كناية فانه لا يخلو حال من كتب بطلاق زوجته من ثلاثة
اقسام احدها ان يقترن بكتابته لفظ والثاني ان يقترن بها نية والثالث
ان تخلو عن لفظ ونية فان قارنها لفظ وقع الطلاق لان الطلاق لو تجرد
عن الكتابة وقع به الطلاق واذا انضم الى الكتابة فاولى ان يقع به وان
قارنها نية الطلاق ففي وقوع الطلاق بها قولان ان قيل انها كناية وقع
الطلاق وان قيل ليست كناية لم يقع وان تجردت الكتابة عن قول ونية لم
يقع بها الطلاق لانه يحتمل ان يكون كتبها عن غيره او جرب الخط
او موهما لزوجته واذا تقرر ما وصفنا فصورة هذه المسألة ان يكتب
الى زوجته اذا جاءك كتابي هذا فانت طالق اما مع لفظ اقترن به فكان
طلاقها فيه واحدا واما مع نية اقترنت بخطه فكان طلاقا في اصح القولين
وعلى هذين جميع هذه المسائل فهو طلاق معلق بصفة وهو مجيء الكتاب اليها
فان لم يصلها الكتاب لم تطلق وان جاءها الكتاب فقد تطلق بصفة طلاقها
وهو على مسطر سواء كان هذا الكتاب بسببها او من غيرها

وان كان جميع الكتاب بالصفة باقية وتعلق الطلاق بها مستطر بمجيء الكتاب
وان جاء الكتاب الى صاحبه فلا يخلو حاله من ثلاثة اقسام احدها ان يكون سليما
فالطلاق واقع سواء قراته او لم تقراه لانه علق طلاقها بمجيئه لا بقراءته
ولو كان كتب اذا جاءك كتابي فاقراه لم تطلق بمجيئه حتى تقراه فان قري تطلق
عليها لم تقراه ان كانت تحسن القراءة وطلقت ان كانت لا تحسنها اعتبارا
بالعرف والقسم الثاني ان يصل الكتاب ممحو الكتابة فلا طلاق لان
الكتاب هو المكتوب وما لا كتابة فيه فهو كالعدم وليس بكتاب سواء كان
هو الماحي له او غيره ولكن لو تلطخ كتابته ولم يمح سطر فان كان مفهوم
القراءة طلقت وان كان غير مفهوم لم تطلق والقول الثالث ان يصل
الكتاب وقد ذهب بعضه فان كان الذاهب منه موضع طلاقها لم تطلق
لان مقصوده لم يصل وان كان موضع طلاقها باقيا والذاهب من غيره فقد
اختلف اصحابنا في وقوع طلاقه بها على اربعة اوجه احدها لا تطلق
سواء كان الذاهب منه مكتوبا او غير مكتوب لان الواصل منه بعضه
والوجه الثاني تطلق سواء كان الذاهب مكتوبا او غير مكتوب لان
المقصود فيه وهو لفظ الطلاق واصل والوجه الثالث ان كان الذاهب
من المكتوب لم تطلق لانه بعض الكتاب وان كان الذاهب من غير المكتوب طلقت
لان المكتوب هو جميع الكتاب والوجه الرابع ان وصل الاكثر طلقت وان وصل
اقله لم تطلق اعتبارا بالاغلب **مسألة** قال الشافعي ولو كتب اما
بعد فانت طالق طلقت حين كتب وهذا صحيح اذا اقترن بكتابته نية الطلاق
فيقع الطلاق في الاصح من قوليه الذي نفرع عليه لانه كتب طلاقها
ناجزا ولم يعلقه بوصول الكتاب اليها فعجل وقوعه في الحال كما لو تلفظ بطلاقها
ناجزا وخالف ان يكتب اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فلا تطلق الا
بوصوله لان هذا مقيد بصفة وذاك ناجز فلو كان قال لها

اذا اتاك طلاقي فانت طالق ثم كتب اليها اذا جاءك كتابي فانت طالق فجاءها
الكتاب طلقت طلقتين احداهما بوصول الكتاب والثانية بمجيء الطلاق
لان الصفتين موجودتين في وصوله وعلى مثاله ان يقول لها ان اكلت نصف
رمانة فانت طالق وان اكلت رمانة فانت طالق فاكلت رمانة فتطلق طلقتين
لانها قد اكلت نصف رمانة واكلت رمانة ولو قال لها كلما اكلت نصف رمانة
فانت طالق فاكلت رمانة طلقت طلقتين لان فيها نصفين وطلقت طلقة
وهي رمانة فطلقت ثلاثا ـ مسألة ـ قال الشافعي ولو شهد
عليه انه خطه لم يلزمه حتى يقر به ـ وصورتها ان تدعي المراة على
زوجها انه كتب اليها بطلاقها وتحضر كتابا بالطلاق تدعي انه كتابه
فلا يخلو ان يكون كتابه ما لم تصل المراة الدعوى بانه كتبه ناويا للطلاق فان نوى
فيحلف الزوج حينئذ على انكاره وان كان منكرا للكتاب احلف انه ما كتبه
وان كان مقرا بالكتابة احلف انه ما نوى وان احلف ايضا لم تطلق منه لم يحنث
لانه قد يكون ممن لا يعتقد وقوع الطلاق بالكتاب ولا يعتقده
وان شهد عليه ان الكتاب شاهدان انه خطه وكتابه لم تطلق لان الكتاب
لا يقع بها الطلاق الا مع النية والشهادة وان صحت على الكتابة فلا تصح على
النية لان النية تخفى والكتابة لا تخفى ولذلك قال الشافعي لم يلزمه حتى يقر به
يعني يقر بالكتاب والنية مع كتابه فان قيل وكيف تصح الشهادة
على خطه قيل بان راياه يكتبه ولم يغب الكتاب عن اعينهما حتى شهدا بالخط
فاما لو لم يرياه يكتبه ولكنهما تعرفا خطه لم يجز ان يشهدا به لان الخط يشبه
وان راياه قد كتبه وغاب الكتاب عنهما لم يجز ان يشهدا به لجواز
ان يكون مزورا عليه فيشتبه به فهذه الشهادة لا يلزم الشاهدين
ان يقرآها ولا الحاكم ان يستدعيها لانه تعلق بها حكم ـ فصل ـ
فاما الاشارة بالطلاق فان كانت من الاخرس قامت مقام نطقه

ووقع الطلاق باشارته كما يقع طلاق الناطق بلفظه اذا كانت
اشارته مفهومة ويكون الاشارة منه طلاقا صريحا وان كانت الاشارة
من ناطق لم يقع بها الطلاق لا صريحا ولا كناية لانه قادر على الكلام الذي
هو بالطلاق اخص فلو قال انت واشار باصابعه الثلاث مريدا ايقاع
الطلاق فلم تطلق لان قوله انت بدا وليس بصريح في الطلاق ولا كناية
والاشارة بعد البدء لا يقع بها الطلاق وفيه الطلاق قد يجوز ان يلفظ فلم
يقع بها الطلاق ولكن لو كان قال انت طالق هكذا واشار باصبع واحدة طلقت
واحدة ولو اشار باصبعين طلقت طلقتين ولو اشار بثلاث اصابع طلقت ثلاثا
وقامت اشارته بالثلاث مع قوله هكذا مقام نية الثلاث نص عليه ابن سريج
فلو اشار بثلاث اصابع قائمة واصبعين معقودتين وان اراد الاصبع
القائمة طلقت ثلاثا وان اراد الاصبعين المعقودتين طلقت اثنتين وان
لم يكن له نية طلقت بالثلاث اصابع ثلاثا لان فيها زيادة اشارة قال
ابو العباس ابن سريج ولو قال انت طالق ولم يقل هكذا واشار باصابعه
الثلاث لم يلزمه بالاشارة عدد ـ قال الشافعي ولو قال لامراته
اختاري او امرك بيدك فطلقت نفسها فقال ما اردت طلاقا لم يكن طلاقا
الا ان يريده ولو اراد طلاقا فقالت قد اخترت نفسي سئلت فان ارادت
طلاقا فهو طلاق وان لم ترده فليس بطلاق ـ اعلم ان للزوج في الطلاق
ثلاثة احوال احدها ان يتولاه بنفسه مباشرا فيقع الطلاق بمباشرته
والحال الثانية ان يستنيب فيه وكيلا فيقوم الوكيل في الطلاق الذي
استنابه فيه مقام نفسه على ما سنذكره والحال الثالثة ان
يفوضه الى زوجته وهي مسألتنا فيكون ذلك تمليكا لها لا توكيلا
بل هو تمليك لا استنابة وهو جائز يصح به وقوع الفرقة لان رسول الله صلى الله عليه وسلم

مسألة

خير نساءه واخترنه فلولا ان التخيير هو ان يرى الفرقة ان اخترتها ما كان
للتخيير فيه معنى واذا كان كذلك لم يخل حال تفويضه الطلاق الى زوجته
من اربعة اقسام احدها ان يكون بصريح منهما والثاني بكناية منهما
والثالث بصريح منه وكناية منها والرابع بكناية منه وصريح منها فاما
القسم الاول وهو ان يكون بصريح منهما جميعا فصورته ان يقول لها طلقي نفسك
فتقول قد طلقت نفسي فقد وقع الطلاق بطلاقها لنفسها والايقاع في اصل
الطلاق فوقعه سنية في احدهما واما عدد الطلاق فلها فيه ثلاثة احوال احدها
ان يذكراه والثاني ان ينوياه والثالث ان يطلقاه فان ذكراه فلهما فيه
حالتان احدهما ان يتفقا عليه والثانية ان يختلفا فيه فان اتفقا عليه
وقع العدد الذي اتفقا عليه كانه قال طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها
واحدة او قال لها طلقي نفسك طلقتين فطلقت نفسها طلقتين او قال
لها طلقي نفسك ثلثا فقالت قد طلقت نفسي ثلثا وقع الثلث او ما اتفقا عليه
من العدد وان اختلفا فيه وقع اقل العددين مثاله ان يقول لها
طلقي نفسك ثلثا فتطلق نفسها واحدة ولو قال لها طلقي نفسك واحدة
فطلقت نفسها ثلثا لم تطلق الا واحدة وقال ابو حنيفة ان قال لها
طلقي نفسك ثلثا فطلقت نفسها واحدة لم تطلق وقال مالك مثل هذا
واما ان نويا العدد ولم يذكراه حمل الامر على نيتهما فان اتفقا
في نية العدد وقع بالطلقتين او ثلثا كان على ما نويا من العدد وقال
ابو حنيفة لا تاثير للنية في العدد وقد مضى الكلام معه فان اختلفا في
النية كان العدد محمولا على اقل النيتين كما لو ذكراه قولا فان نوى الزوج
ونوت الزوجة واحدة كانت واحدة وان لم يذكرا عددا
ولا نوياه طلقت واحدة ٭ فصل واما القسم الثاني وهو

ان يكون بلفظ الكناية كقوله اختاري نفسك فتقول قد اخترت نفسي
فلا يقع الطلاق حتى ينوياه جميعا فان نواه الزوج دون الزوجة او الزوجة
دون الزوج لم يقع وقال مالك يقع وان لم ينوياه ولا واحد منهما شيئا
على اصله في ان الكناية الظاهرة لا تفتقر الى نية وقال ابو حنيفة اذا
نواه الزوج وحده وقع الطلاق وان لم تنوه الزوجة استدلالا بالاجماع وهو
ان الصحابة سئلوا عمن خير زوجته فقال عمر ان اختارت نفسها فهي واحدة
وله عليها الرجعة وان اختارت زوجها فلا طلاق وتابعه ابن مسعود
وابن عباس وقال علي بن ابي طالب ان اختارت نفسها فهي واحدة بائنة
وان اختارت زوجها فهي واحدة وهو احق بها وقال زيد بن ثابت ان
اختارت نفسها طلقت ثلثا وان اختارت زوجها فهي واحدة بائنة فاوقع جميعهم
الطلاق عليها باختيارها لنفسها ولم يعتبروا النية فصاروا مجمعين على
ان النية غير معتبرة من جهتها قال ولان تعليق الطلاق عليها لا يوجب اعتبار
نيتها كما لو قال ان دخلت الدار فانت طالق طلقت بدخول الدار وان لم
تنوه وكذلك في الاختيار ودليلنا هو انه لما كان تخيير الزوج لها كناية يرجع
فيه الى نيته لاحتماله ان يكون اراد اختاري نفسك للنكاح او للطلاق
فوجب ان يكون اختيارها لنفسها يرجع فيه الى نيتها لاحتماله ان يكون ارادت
اخترت نفسي للنكاح او للطلاق فلم يقع الا بنيتها لو قالت قد اخترت نفسي للنكاح
لم تطلق كذلك اذا اطلقت فاما استدلاله باجماع الصحابة فلا دليل فيه
لانهم لم يعتبروا نية الزوج وهي معتبرة عندنا وعنده فكذلك اذا لم يعتبروا
نية الزوجة ويكون ذلك منهم لعلمهم بوجود النية منهما واما الاستدلال
بدخول الدار فنقلبه دليلا لانه لما كان اذا علق طلاقها بدخول الدار
لم تطلق الا بوجود الدخول منها كذلك اذا خيرها في طلاق نفسها لم تطلق

حتى يختار طلاق نفسها فإذا تقرر أن النية معتبرة منهما وأن الطلاق لا يقع
إلا بنيتهما فلها ثلاث أحوال أحدها أن تختار نفسها والثانية أن تختار زوجها
والثالثة أن لا يكون لها اختيار فإن اختارت نفسها طلقت واحدة رجعية
وإن اختارت زوجها أو لم يكن لها اختيار لم تطلق وبه
قال من الصحابة عمر وابن مسعود وابن عباس وقال أبو حنيفة إن اختارت
نفسها طلقت ثلاثا وإن اختارت زوجها لم تطلق وبه قال ربيعة إن
اختارت نفسها طلقت واحدة بائنة وإن اختارت زوجها طلقت
واحدة رجعية وبه قال من الصحابة علي بن أبي طالب وقال زيد بن ثابت إن اختارت نفسها
طلقت ثلاثا وإن اختارت زوجها طلقت واحدة بائنة والدليل على أن اختيارها
لزوجها لا يكون طلاقا ما رواه الزهري عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة
قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني ذاكر لك
أمرا فلا تستعجلي حتى تستأمري أبويك ثم تلا هذه الآية يا أيها النبي قل لأزواجك إن
كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا الآية
فقلت في أي هذا أستأمر أبوي فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة
قالت ثم فعل أزواج النبي مثل ما فعلت ولم يكن حين قال لهن رسول الله صلى الله عليه
واخترنه طلاقا فإن قيل إنما لم يطلقن لأنهن اخترنه ومن أين لكم على أنها إن اختارت
لزوجها ضد اختيارها لنفسها فلما طلقت باختيارها لنفسها وجب أن
لا تطلق باختيار زوجها لأن اختلاف الصفتين يوجب اختلاف الحكمين والدليل
على أنها تكون واحدة رجعية لا ثلاثا ولا واحدة بائنة أنها
قد ملكت حكم الطلاق إذا وقع بالكناية وهكذا لو قال لها أمرك
بيدك فقالت قد اخترت نفسي وهكذا لو اختلفت الكناية منهما
فقال لها الحقي بأهلك فقالت قد اخترت نفسي أو قال لها اختاري نفسك
فقالت قد حرمت نفسي لم يقع الطلاق حتى ينويا به جميعا

فصل وإذا قال لها اختاري نفسك فقالت قد اخترت أبي وأمي لم يقع
به الطلاق وإن نوته لأنه ليس بصريح ولا كناية إذ ليس اختيارها الأبوين
موجبا لفراق زوجها ولو قالت قد اخترت الأزواج ففي وقوع الطلاق به
إذا نوته وجهان أحدهما يقع به الطلاق لأنها لا تحل للأزواج مع
بقائها على نكاحه والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق المروزي لا يقع به الطلاق
لاحتمال أمرين أحدهما أنه من الأزواج والثاني أن اختيارها لنفسها الأزواج بعد
زوج بعد هذا ولو قالت قد اخترت زيدا إذا وقع الطلاق طلقت على التعليل
الأول ولم تطلق على التعليل الثاني . فصل وأما القسم الثالث
وهو أن يكون بذله صريحا وقبولها كناية فصورته أن يقول لها طلقي نفسك
أو قد جعلت إليك طلاق نفسك فتقول قد أبنت نفسي تنوي به الزوجة
ولا تعتبر نية الزوج لأن صريح الزوج لا يفتقر إلى نية وإنما يعتبر
لها النية فإذا قالت ذلك ونوت به الطلاق طلقت على مذهب أصحابنا وقال منهم أبو عبيد
بن حربويه وأبو علي بن خيران لا تطلق لأن قبول الصريح يكون صريحا كالنكاح
وهذا بعيد لأن الكناية مع النية تقوم مقام الصريح فعبرت نيته
وجرى اختلاف الصريح والكناية يجري على الصريحين والكنايتين وإذا كان
ذلك فسئلت الزوجة عن نيتها فقالت ما أردت الطلاق لم تطلق وإن
أكذبها الزوج طلقت بإقراره أنها قد نوت وإن قالت أردت الطلاق
طلقت وإن أكذبها الزوج كان القول قولها مع يمينها لأن النية باطنة لا
تعرف إلا من جهتها وقال أبو سعيد الإصطخري القول قول الزوج مع يمينه
والأصح قولها لأن وقوع الطلاق عليه كما لو ادعته وهكذا لو قال لها
إن دخلت فأنت طالق فقالت قد دخلت فهكذا أيضا إن تعلق الطلاق
بما يعتبر فيه بها أخفى من تعليقه بحيضها فلما كان لو قال لها إذا حضت فأنت طالق
فقالت قد حضت قبل قولها وإن أكذبها فأولى أن يقبل قولها

فيما يتعلق بنيتها لان اقامة البينة على نيتها اشد تعذرا من اقامتها على
حيضها لاستحالة تلك وامكان هذه وخالف قولها اذا دخلت الدار
فانت طالق فتدعي دخولها فلا يقبل قولها لانه يمكنها اقامة البينة على دخولها

فصل واما القسم الرابع وهو ان يكون بذله كناية وقبولها صريحا
فصورته ان يقول لها اختاري نفسك او امرك بيدك فتقول قد طلقت
نفسي فيعتبر نية الزوج ويفتقر الى النية وصريح الزوجة لا يفتقر الى النية
فان قال اردت الطلاق طلقت وان قال لم اردة لم تطلق فان جن
او مات قبل ان يعلم ارادته الطلاق وقال لها من انقضائه لان ارادته
مجوزة والطلاق لا يقع بالشك ولو قال لها امرك بيدك فاراد به
طلاقها في الحال ولم يجعله بيدها لا يقف على قبولها وقال الشافعي في كتاب
الاملاء لم تطلق لان هذا القول منه اذا اقترن بالاضمار اليها صار
صريحا في جعل الطلاق اليها وتعلقه بقبولها فلم يقع به الا بقبولها ويحتمل
ان يقع به الطلاق لانه مرادا بانه يجري مجرى قوله قد ملكتك
نفسك وتزوجي من شئت فيقع به الطلاق اذا نوى ولكن لو قال
لها طلقي نفسك واراد به وقوع الطلاق عليها من غير ان تقفه
على قبولها وتطليقها نفسها لم تطلق الا ان تطلق نفسها لان الحكم غيره

فصل ولو قال لها ان اخترت فراقي فامرك بيدك لم تطلق اذا
طلقت نفسها حتى تقول قد اخترت الطلاق فان لم تقل لم تطلق نفسها
فتطلق حينئذ لانه معقود بهذا الشرط ولو قال لها اذا مضت سنة
فامرك بيدك او قال لها اذا قدم زيد فامرك بيدك لم يجز لانه علقه
بوقت منتظر وان طلقت نفسها بعد مضي السنة او بعد قدوم زيد
لم تطلق لبطلان التمليك وفساد البذل ولكن لو قال لها امرك
بيدك تطلقي نفسك بعد سنة واذا قدم زيد ففيه قولان احدهما
نص عليه في الاملاء وهو قول ابي حنيفة واختيار المزني انه جائز

تعليقا لحكم الطلاق بالصفة ولها اذا مضت السنة او قدم زيد ان
تعجل طلاقها وان اخرته لم تطلق والقول الثاني نص عليه في الجديد
وهو الاصح لا يجوز تعليقا لحكم التمليك الذي لا يجوز ان يتعلق باجل مستقبل
والصفة متوقعة فان طلقت نفسها عند مضي السنة وقدوم زيد لم تطلق
لبطلان التمليك والله اعلم

مسئلة قال الشافعي ولا اعلم خلافا
انها ان طلقت نفسها قبل ان يتفرقا من المجلس او يحدث قطعا لذلك ان الطلاق
يقع عليها فيجوز ان يقال لهذا الموضع اجماع اذا جعل اليها طلاق نفسها
فهو تمليك باعتبار تعجيل القبول والقبول ان تطلق نفسها فملكت تعجيل الطلاق
ما ملكها واذا كان كذلك فقد قال الشافعي ها هنا ان طلقت نفسها قبل ان يتفرقا
من المجلس او يحدث قطعا لذلك وقع الطلاق عليها فقيد استطلاقها بشرطين احدهما ان
يكون قبل افتراقهما عن مجلسهما والثاني ان يكون قبل ان يحدثا ما يقطع ذلك من قول
او فعل فلم يختلف اصحابنا انها متى طلقت نفسها بعد افتراقهما عن المجلس لم تطلق
ومتى طلقت نفسها في المجلس بعد ان حدث تشاغل بغيره من كلام او فعال لم تطلق
واختلف اصحابنا هل يكون خيارها ممتدا في جميع المجلس او يكون على الفور على وجهين
احدهما وهو ظاهر كلامه ها هنا وفي الاملاء انه ممتد في جميع المجلس فمتى طلقت
نفسها فيه طلقت وان تراخى الزمان والوجه الثاني وهو قول ابي اسحق
المروزي والمحققين من اصحابنا انه على الفور في المجلس لانه قبول تمليك فاشبه
القبول في تمليك البيع والهبة والطلاق الشافعي يحمل على هذا
الشرط لان اصوله مقررة عليه ولانه ذكر الاجماع فيه انها اذا
طلقت نفسها على هذه الصفة جاز اجماعا ولا يكون الا ان يتعجل على الفور من غير
مهلة وقال مالك في احدى روايتيه ان لها ان تطلق ما لم يمض شهر وفي الرواية
الثانية ما لم تمكن من وطئها وكلا القولين مردود بما قدمنا من ان التعليل

فصل واذا ملكها طلاق نفسها ثم رجع في التمليك فقد

ان تطلق نفسها صح رجوعه وبطل تمليكه فان طلقت نفسها لم تطلق وقال ابو
حنيفة ومالك وابو علي بن خيران من اصحابنا ليس له الرجوع وان طلقت نفسها
بعد رجوعه طلقت استدلالا بانه طلاق معلق بصفة فلم يكن للزوج الرجوع
فيه كقوله ان دخلت الدار فانت طالق ولان الملك انطال بهذه الصفة
ويطلق متى دخلت الدار ودليلنا هو انه تمليك للطلاق لوقوعه عقيب
قبولها كالمالك ويجوز له ان يرجع فيه قبل قبوله منه كما يرجع في بذل
الهبة والبيع قبل قبولهما منه وخالف تعليق طلاقها بدخول الدار لانه لا
يقف على قبولها وليس لها ان تطلق ذلك عن نفسها فلم يكن له الرجوع قبل علمها
وليس كالتمليك الذي لها ان تطلق عن نفسها فكان له الرجوع قبل علمها واذا صح
رجوعه بما ذكرنا فمتى طلقت بعد علمها برجوعه لم تطلق وان طلقت قبل
علمها برجوعه كان في وقوع طلاقها وجهان من الوكيل في القصاص اذا لم
يعلم بالرجوع حتى اقتص والله اعلم **مسئلة** قال المزني
وقال في الاملاء على مسائل مالك وان ملك امرها غيرها فهذه
وكالة متى اوقع الطلاق وقع ومتى شاء الزوج رجع وهذا كما قال
والوكالة في الطلاق جايزة لان فاطمة بنت قيس طلقها وكيل زوجها بشهادة
رسول الله صلى الله عليه وسلم فامضاه ولانه لما جازت الوكالة في النكاح
مع تغليظ حكمه كان جواز حكمها في الطلاق اولى فاذا وكل رجلا فيه كان
جايزا سواء كان حرا او عبدا مسلما او كافرا ولا يجوز ان يوكل مجنونا ولا صغيرا
الا في الخلع لقولها وفي جواز توكيل المراة وجهان مضيا في الخلع ثم الوكالة
على ضربين احدهما ان تكون مطلقة وهو ان يقول قد وكلتك في طلاق زوجتي
فلانة فله ان يطلقها على الفور والتراخي بخلاف ما لو ملكها الطلاق لنفسها
لان هذه نيابة وذاك تمليك فان ذكر له من الطلاق عددا لم
يجاوزه فلو قال له طلقها ثلاثا فقال لها انت طالق ثلاثا طلقت ثلاثا

ولو قال انت طالق ونوى ان يكون ثلاثا ففيه وجهان احدهما تطلق ثلاثا لان
نية الثلث تقوم مقام التلفظ بالثلث والوجه الثاني لا تطلق
ثلاثا ولا تقوم نيته مقام نية الزوج لان الزوج مدين في الطلاق معول على
نيته فيه والوكيل غير مدين في الطلاق فلم يعمل على نيته فيه وهكذا لو طلقها
الوكيل بالكناية مع النية كان على هذين الوجهين ولو وكله ان يطلقها ثلاثا
وطلقها واحدة ففي وقوعها وجهان احدهما تقع لانه بعض ما وكل فيه
والوجه الثاني لا تقع الا ان يوكله في طلاق بائن وهذا الطلاق غير بائن
فصار غير ما وكل فيه ولو وكله ان يطلقها واحدة فطلقها الثلث ففي وقوع
الواحدة وجهان ولو وكله في طلاق واحدة من نسائه ولم يعينها له ففيه وجهان
احدهما ان يعين طلقها صح لان وقوع الطلاق المبهم جايز فكان التوكيل فيه جايز
والوجه الثاني انه لا يجوز ان يطلق واحدة قبل ان يعينها الزوج فان طلق
واحدة قبل ان يعينها لم تطلق لان ابهام الطلاق من جهة الزوج يجوز لانه
موقوف على خياره في التعيين ومن جهة الوكيل لا يجوز لانه غير موقوف على
خياره في التعيين **فصل** والضرب الثاني ان يكون الوكالة مقيدة
وهو ان يوكله في طلاق على صفة وهو ان يامره ان يطلقها في يوم الخميس
فلا يجوز ان يطلقها الا فيه فان طلقها بعده لم تطلق وان امره ان يطلقها
للسنة فان طلقها للبدعة لم تطلق او يامره ان يطلقها للبدعة فان طلقها
للسنة لم تطلق فلو قال له طلقها ان شئت لم يقع طلاقه حتى يقول قد شئت
ويكون ايقاعه الطلاق مشيته لانه قد يوقع الطلاق بغير
مشيته والمشية لا تعلم الا بالقول وليس من شرط مشيته الفور بخلاف ما لو
علق الطلاق بمشيتها الا ان تعلقه للطلاق بمشيتها تمليك فروعي فيه الفور
وتعلقه للطلاق بمشيته صفة فلم يراع فيها الفور وانه حصل الطلاق بها اذا شاء

فلما جاز ان يطلق على الفور والتراخي جاز ان يكون مشيته مع الطلاق على التراخي
لذو صحة مشيته ان اخبر بها الزوج قبل طلاقه وان اخبر بها غيره ثم طلق لم يقع
لانه اذا كان اخباره بها شرطا كان اخبار الزوج بها احق واولى لانه شرط
فلو قال له طلقها ان شات زوجتك مشيتها عند عرض الوكيل الطلاق
عليها فانه لا يجوز الا بعد عرض الطلاق عليها وسوالها عن مشيتها فيصير
حينئذ مشيتها معتبرة على الفور وان عجلتها وقع الطلاق اذا اوقعه الوكيل
بعدها سوا اوقعه على الفور او على التراخي وان تراخت مشيتها لم يقع الطلاق
بعدها لفساد المشيه • فصل وليس للوكيل في الطلاق ان يوكل غيره
فيه الا ان يوكل وكيلين في طلاق زوجة واحدة وجعل الى كل واحد
منهما ان يطلقها ثلثا فايهما سبق بطلاقها ثلثا طلقت وكان له الاخر ولو جعل
الى كل واحد منهما ان يطلقها واحدة فان سبق احدهما فطلقها واحدة
لم تبطل وكالة الاخر وجاز له ان يطلقها اخرى والفرق بينهما واضح وهكذا
لو وكل واحدا في طلاقها ثلثا فبادر الزوج وطلقها ثلثا بطلت الوكالة ولو
طلقها الزوج واحدة كانت الوكالة بحالها في الطلقتين الباقيتين فان
طلقها الوكيل ثلثا وقع منها طلقتان لانهما الباقيتان من طلاق الزوج
بعد الواحدة التي اوقعها ولو وكله في طلاقها واحدة ثم طلقها الزوج واحدة
لم تبطل الوكالة ما لم تنقض العدة فان طلقها الوكيل واحدة في العدة
طلقت سوا راجعها الزوج من طلقته او لم يراجع فلو انقضت عدتها ثم
الزوج استانف نكاحها ففي بقا الوكالة وجواز طلاق الوكيل لها وجهان
احدهما الوكالة باقية وطلاق الوكيل نافذ واقع والوجه الثاني
ان الوكالة قد بطلت وطلاقه غير واقع وهذان الوجهان من اختلاف
قوله في عقد الطلاق في نكاح هل يجوز ان يتبعضه ام لا

فصل واذا رجع الزوج عن الوكالة او جن او مات لم يكن له ان يطلق
فان طلق لم يقع ولو لم يعلم الوكيل بجنون موكله او موته فطلق لم يقع طلاقه
لان الطلاق لا يصح ان يقع من زوج ميت او مجنون ولو لم يعلم الوكيل
برجوع الزوج حتى طلق كان في وقوع طلاقه وجهان من اختلاف قوليه
في الموكل في القصاص اذا اقتص قبل العلم بالعفو والله اعلم • مسئله
قال الشافعي ولو جعل لها ان تطلق نفسها ثلثا فطلقت واحدة كان
ذلك لها وهذا صحيح اذا قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت نفسها
واحدة طلقت واحدة وقال مالك اذا قال طلقي نفسك ثلثا فطلقت واحدة
لا يقع شي واذا قال طلقي واحدة فطلقت ثلثا وقعت الثلث وعنده لا تطلق
استدلالا بان قبولها بعض ما ملكها يوجب فساد القبول وبطلان التمليك
كما لو باعها عبدين بمائة فقبلت احدهما لم يصح ودليلنا هو ان من ملك
ايقاع الطلقات الثلث ملك ايقاع الواحدة كالزوج واما استدلاله بتبعيض القبول في
البيع فانما لم يصح لان العبد لما كان في مقابلة ثمن لم يحصل له بالتبعيض
فلذلك لم يصح قبول البعض ولولا الثمن لصح الا ترى لو وهب لها عبدين
فقبلت احدهما صح وكذلك الطلاق • فصل واذا جعل اليها
ان تطلق نفسها واحدة فطلقت نفسها ثلثا طلقت واحدة وقال ابو حنيفة
لا تطلق لان ما بذلت الزيادة عن ما اذن فيه فلم تمتثل ودليلنا هو انه لو
اجتمع في طلاقها ما اذن فيه وغير ما اذن فيه لم يمنع غير المأذون فيه
من وقوع المأذون فيه كما لو جعل اليها طلاق نفسها فطلقت نفسها
وضرتها وادعاؤه ان الواحدة لا تتميز عن الثلث غير صحيح لان المأذون
فيه متميز عن غير المأذون فيه وربما حكي هذا القول عن ابي حنيفة
والاول عنه اشهر • مسئله قال الشافعي وسوا قالت طلقت نفسك او

طلقت يعني اذا اردت طلاقا وهذا انما قال اذا جعل اليها الطلاق
بنفسها وان قالت فتطلقت يعني طلقت وكان هذا امرًا لا يعتبر
لانها وان قالت فتطلقت كان كناية تقع بها الطلاق اذا نويه وقال
ابو حنيفة لا يقع به الطلاق وان نواه وقد مضى الكلام في هذه المسئلة التاسع
مسئلة قال ولو طلق بلسانه واستثنا بقلبه لزمه الطلاق ولم يعمل
الاستثنا الا انه اعلم ان الاستثنا في الطلاق على ثلثه اضرب احدها
ما يصح مضمرا ومظهرا والثاني ما يصح مظهرا ولا يصح مضمرا فاما ما يصح
اظهاره واضماره فهو ما جاز ان يكون صفه للطلاق اذا امكن ان يكون
حالا للمطلقة فالذي يجوز ان يكون صفه للطلاق مثل قوله انت طالق
من وثاق او مسرحه الى اهلك ومفارقه الى المسجد وان اظهره بلفظه صح
وحمل عليه في الظاهر والباطن ولم يلزمه الطلاق لانه وصفه بما يجوز ان
يكون من صفاته بغير الطلاق فلذلك لا يقع به الطلاق وان لم يظهره
بلفظه واضمره في نيته صح اضماره ودين فيه ولم يلزمه الطلاق في الباطن
اعتبارا بالمضمر ولزمه الطلاق في الظاهر اعتبارا بالمظهر واما الذي
يجوز ان يكون حالا للمطلقة مثل قوله انت طالق [illegible] وان دخلت الدار
وان كلمت زيدا فان اظهر ذلك بلفظه عمل عليه في الظاهر والباطن ولم يقع عليها
الطلاق الا على الحال التي شرطها وان اضمره بقلبه ولم يظهره بلفظه دين فيه في
الباطن ولم يلزمه الطلاق بشرط اعتبارا باضماره ولزمه الطلاق في الظاهر لـ
اعتبار الظهار فهذا ضرب **فصل** واما ما لا يصح اضماره ويصح اظهاره
فهو ما كان فيه ابطال ما اوقع ونفي ما اثبت كقوله انت طالق ثلثا الا ثلثا وانت
طالق الا [illegible] فالطلاق واقع وهذا الاستثنا باطل في الظهار بالعطف
واضماره بالقلب لان وقوع الطلاق يمنع من رفعه لاستماع قول النبي صلى
الله عليه وسلم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق

والفرق بين هذا حيث يبطل وبين الضرب الاول حيث صح ان اراد الصفه على شيء
معها اللفظ على احتمال مجوز وهذا لا يجوز حمله على المجوز واذا بطل هذا الا
ما على الناوقع الطلاق ظاهرا وباطنا **فصل** والضرب الثالث وهو ما يصح اظهاره
ولا يصح اضماره فهو الاستثنا من العدد او الشرط الواقع على الطلاق والاستثنا
من العدد ان يقول انت طالق ثلثا الا اثنتين والشرط الرافع لحكم الطلاق ان
يقول انت طالق ان شا الله فان لفظ به لفظا متصلا بالاستثنا صح فكان محمولا على الظاهر
والباطن ولا يلزمه الطلاق اذا قال ان شا الله ويقع عليها طلقه واحده اذا قال
انت طالق ثلثا الا اثنتين لان بعض الكلام مرتبط ببعض فاوله موقوف على اخره وهو
كلام لا يستقل بعضه بعضا فصح ولو لم يتلفظ بهذا الاستثنا بلسانه واضمره
بقلبه ونوى بقوله انت طالق ان يكون معلقا بمشيه الله او قال انت
طالق ثلثا ونوى الا اثنتين لم يصح ما اضمر من الاستثنا بمشيه الله ومن العدد
ووقع الطلاق بالثلث في الظاهر والباطن وانما كان كذلك لاجماع الاظهار ويبطل
مع الاضمار لان حكم اللفظ اقوى من النيه لان الطلاق يقع بمجرد اللفظ
من غير نيه ولا يقع بمجرد النيه من غير لفظ فاذا تعارض النيه واللفظ غلب حكم
اللفظ لقوته على حكم النيه لضعفه بوقوع الطلاق وبطل الاستثنا فلو قال
وله اربع نسوة انتن طوالق واستثنى واحده منهن بعينها من الطلاق وصح استثناؤه
من الطلاق عينها او مضمرا فلا يقع طلاقها لان استثناها ظاهر بلفظه لا في الظاهر
ولا في الباطن وان كان دافعا في الظاهر ولكن لو قال الاربع انتن يا اربع طوالق
واراد الا واحده وان استثناها بلفظه صح وان عزلها بنيته لم يصح كالاستثنا
من العدد لانه قد صرح بذكر الاربع ولم يصرح بذكرهن فيما تقدم فلو قال
لزوجته انت طالق واراد بقلبه الاشاره بالطلاق فيما اصبعه دون زوجته
لم يقبل منه في ظاهر الحكم واختلف اصحابنا هل يدين في الباطن فيما بينه وبين الله تعالى
على وجهين احدهما يدين فيه لاحتماله والثاني وهو اصح لا يدين

لا يدين به ويلزمه الطلاق في الظاهر والباطن جميعا لامرين احدهما ان الاصح
لا يتوجه اليها طلاق اتصال ولا طلاق تحريم والثاني انه اذا اوقع طلاقا على
انا انكر طلاقا وصار كقوله انت طالق الا ان والله اعلم مسئلة قال الشافعي
ولو قال انت علي حرام يريد تحريمها بلا طلاق فعليه كفارة يمين ان النبي صلى الله عليه وسلم حرم جاريته
مارية فامر بكفارة يمين قال الشافعي لانه تحريم وحرم عليه الجارية انه وهذا كما
قال اذا قال الرجل لزوجته انت علي حرام فان اراد به الطلاق كان طلاقا ويقع من عدده
ما نواه من واحدة او اثنين او ثلث وان لم ينو عددا كانت واحدة رجعية وان
اراد به الظهار كان ظهارا وان اراد به الايلاء لم يكن ايلاء لان الايلاء يمين لا ينعقد بالكناية
وان اراد به تحريم وطيها المحرم ولزمه كفارة يمين وان لم يكن له ارادة تعلق
بطلاق ولا ظهار ولا تحريم وهل تجب به كفارة يمين ام لا على قولين احدهما
في الاملاء ولو قال لامته انت علي حرام فان اراد به عتقها عتقت وان اراد
به تحريم وطيها المحرم وكفر كفارة يمين وان لم يكن له ارادة لزمته كفارة يمين
قولا واحدا ومن اصحابنا من قال على قولين كالحرة ومنهم من خرج الحرة
والامة في وجوب الكفارة عند فقد الارادة على قولين وفرق بين حرها
بين الحرة والامة والثاني لا تجب في الامة ولا تجب في الحرة لان التحريم في الامة
اصل وفي الحرة فرع والاستعمال به في الاحوال كلها بين هذا امرنا هنا
وقد اختلف الصحابة ثم التابعون في لفظ التحريم ما الذي يوجب اذا
تجرد عن الارادة على ثمانية اقاويل احدها ما حكي عن ابي بكر انها يمين يجب بها
اذا حنث كفارة يمين وبه قال عائشة والاوزاعي والثاني ما حكي عن عمر رضي
الله عنه انها طلقة رجعية وبه قال الزهري والثالث ما حكي عن عثمان
انه ظهار تجب به كفارة الظهار وهو احدى الروايتين عن ابن عباس
وبه قال سعيد بن جبير واحمد بن حنبل والرابع ما روي عن علي انه قال يكون
طلاقا لا تحل له الا بعد زوج وبه قال زيد بن ثابت وابو هريرة

وابن ابي ليلى ومالك والخامس ما حكي عن ابن مسعود وابن عمر انه تجب
به كفارة يمين وهو احدى الروايتين عن ابن عباس واحد قولي الشافعي
وبه قال اسحاق بن راهويه والسادس ما حكي عن ابي سلمة بن عبد
الرحمن ومسروق انه لا شيء فيه قال ابو سلمة ما ابالي حرمتها او حرمت ماء
النهر وقال مسروق ما ابالي حرمتها او حرمت قصعة ثريد وبه قال الشعبي وهو
احد قولي الشافعي والسابع ما حكي عن النخعي انها طلقة بائن وبه قال
الحكم بن عتيبة وحماد بن ابي سليمان وسفيان الثوري والثامن ما حكي عن ابي
حنيفة انه يكون ايلاء يوطأ منه اربعة اشهر فان وطئ فعليه كفارة يمين وان
لم يطأ حتى مضت اربعة اشهر طلقت طلقة بائنة فتحصل قوله موافقا لقول
ابي بكر انها يمين ثم رتب عليه ما يتعلق عليها من حكم الايلاء ونقول انه لو
حرم طعامه او ماله على نفسه كان يمينا يلزمه بها كفارة يمين ولا يلزمه
عندنا الشافعي بتحريم طعامه وماله كفارة واستدل ابو حنيفة على ان التحريم
يمين توجب ما ذكره من الايلاء والكفارة بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما
احل الله لك تبتغي مرضات ازواجك والله غفور رحيم قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم
فكان استدلاله به من وجهين احدهما ان الذي حرمه على نفسه يمين يحلف
به ما حكي عروة وابن ابي مليكة انه حرم العسل على نفسه لانه كان شرب عند بعض نسائه
فقال الباقيات نجد منك ريح المغافير والمغافير صمغ العرفط لان من النحل
ما كان يرعاه فيظهر فيه ريحه وكان يكره ريحه فحرمه على نفسه ثم كفر
وحكي الحسن عن قتادة انه حرم مارية على نفسه لانه كان خلا بها في
يوم حفصة فغارت فحرمها ثم كفر فدل على وجوب الكفارة في الاماء والطعام
وكفارة اليمين تجب في الايمان والثاني ان الله تعالى قال قد فرض
الله لكم تحلة ايمانكم فدل بهذا النص على ان التحريم يمين وما روى ابن عباس

عن عمر بن الخطاب ان النبي صلى الله عليه قال الحرام يمين يكفرها وهذا نص لان ما
اوجب كفارة اليمين في الزوجة والامة كانت يمينا توجب الكفارة في الطعام
والمال كالحلف بالله تعالى ودليلنا قول الله يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك
تبتغي مرضاة ازواجك فالمراد تعالى عليه تحريم ما احله له قد دل على ان التحريم لم يقع
فتطلق به قول من جعله طلاقا وظهارا وقوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم يدل
على ان تحريم ما احل الله يمين حلف بها فعوتب في التحريم وامر بالكفارة في اليمين
ولم يكن التحريم يمينا الا ان اليمين اما ان يكون خبرا عن ماض او وعدا لمستقبل فلم
يجز ان يكون يمينا ويدل على ما قلناه ما روي عن عائشة قالت آلى رسول الله صلى الله
عليه وسلم من نسائه شهرا وحرم جاريته فمنعه ولأن عن تحريمه فجعل بهذا
ان يكون التحريم يمينا او يصير موليا واخبرت انه عن تحريم الجارية دون
العبد ويدل عليه من طريق الاعتبار ان كل لفظ عري عن اسم الله تعالى
وصفته لم ينعقد به اليمين قياسا على كنايات الطلاق والعتاق وسائر
الكلام واما الجواب عن الاية فهو ما قدمناه من الاستدلال بها وقد روي
الحسن وقتادة والشعبي انه حرم مارية على نفسه بيمين حلف بها واما حديث
ابن عباس عن عمر فقد رواه عبد الله بن محمود عن قتادة عن سعيد بن جبير عن ابن عباس
وقد ذكر الدارقطني ان ابن عمر ضعيف ولم يروه عن قتادة ثم على انه يحتمل
قوله الحرام يمين يكفرها اي في الحرام كفارة يمين واما القياس فالمعنى في الاصل
انه حالف بالله تعالى فانعقدت به اليمين **مسألة** قال ولو قال
كل ما احل لي علي حرام يعني امرأته وجواريه وماله فعليه عن المرأة والجواري كفارة واحدة
ولم يطعم عن ماله وهذا صحيح اذا حرم على نفسه ما يملك من نسائه وجواريه
والموال لم يتعلق به كفارة يمين في الاموال لما ذكرناه وانه لا
حرج له ولا تغليظ فيه ولا حنث في تناول محظوره واما نساؤه وجواريه
فان اراد تحريم وطئهن لزمته الكفارة وفيها قولان احدهما وهو قوله في القديم

وظاهر نصه ها هنا عليه كفارة واحدة لان لفظة التحريم واحدة والقول الثاني
عليه لكل واحدة من نسائه وجواريه كفارة اعتبارا باعدادهن لان
كل واحدة منهن محرمة ومستقلة بظاهر من اربعة نسوة له بكلمة كان فيما
يلزمه من الكفارة قولان احدهما كفارة واحدة لان اللفظة واحدة والثاني اربع
كفارات اعتبارا باعدادهن لانه مظاهر من كل واحدة منهن وهكذا من قذف
جماعة بكلمة واحدة كان فيما يلزمه من الحد قولان احدهما حد واحد لان اللفظة
واحدة والثاني يحد لكل واحد حدا الا انه يستفاد [illegible] فاما اذا
حرمهن عليه يريد تحريم وطئهن ففي وجوب الكفارة قولان على ما مضى احدهما
لا كفارة فيه ويكون لفظ التحريم كناية في وجوب الكفارة لا يتعلق به مع
فقد الارادة حكم والقول الثاني انه صريح في وجوب الكفارة مع فقد الارادة
يجب عليه به الكفارة واختلف اصحابنا فيما يلزمه منها فذهب جمهورهم الى انها
على قولين كما لو اراد به تحريم وطئهن احدهما كفارة واحدة والثاني
بعددهن وقال ابو علي بن ابي هريرة الحج عليه كفارة واحدة قولا واحدا
وفرق بينهما بانه اذا اراد التحريم تحريم بكل واحدة منهن كان اعتبار الكفارة باعدادهن
ومع فقد الارادة فالحكم في الكفارة معلق باللفظ دونهن فلم يكن لاعتبار عددهن وجه
ولزمه كفارة واحدة والله اعلم **مسألة** قال المزني وقال في الاملاء وان نوى
[illegible] فهذا وان يجوز تقديم الكفارة في تحريم الوطي الفرق
بينه وبين الظهار ان في الظهار يجب عليه تقديم الكفارة على الوطي لقول الله تعالى
من قبل ان يتماسا ويجوز له في [illegible]
تحريم الوطي ان يقدم الاصابة ويؤخر الكفارة وان يقدم وجوبها على الاصابة
وجاز تعجيلها لانها غير مفتقرة بشرط **فصل** ولو قال لنسائه انتن علي
حرام يريد تحريم وطئهن ان اصابهن فالكفارة عليه [illegible]
لان لفظ التحريم مستقر بالاصابة بينه ما اصابهن فاذا اصابهن وجبت

الكفارة عليه حينئذ ويتبين ذلك منه في الظاهر والباطن جميعا وما
شبهه من شرط الطلاق الذي يقبل منه في الباطن دون الظاهر
لأن هذا مما يختص بوجوب الكفارة التي هي من حقوق الله تعالى التي يدين فيها
ويستوي فيه حكم الظاهر كالباطن وليس كالطلاق الذي يتعلق به حق
الآدمي فجاز أن يختلف فيه حكم الظاهر والباطن والله أعلم **مسألة** قال الشافعي
ولو قال كالميتة والدم فهو كالحرام إذا قال لزوجته أو لأمته أنت علي
كالميتة والدم أو كلحم الخنزير فهذا قد يستعمل في كنايات الطلاق والظهار
والعتق فإن أراد به طلاقا أو ظهارا أو عتقا صح وإن لم يرد به ذلك فلا يخلو
حاله فيه من ثلاثة أقسام أحدها أن يريد به تحريم الوطء فيكون كناية
فيه ويجب به الكفارة لأنه إذا كان كناية في الطلاق والظهار فأولى أن
يكون كناية في تحريم الوطء يجب فيه الكفارة وإن لم ينو به التحريم كقوله أنت
علي حرام يريد تحريم الوطء والقسم الثاني أن يريد به لفظ التحريم فيجعله
قائما مقام قوله أنت علي حرام فإن قلنا أن الحرام صريح في وجوب الكفارة
كان هذا كناية عنه لأن الصريح يكنى عنه فيصير كناية جاريا مجرى قوله
أنت علي حرام فتكون الكفارة به واجبة وإن قلنا أن الحرام كناية في الكفارة
لا يتعلق به مع فقد الإرادة فلا شيء عليه في هذا لأن الكناية ليس لها
كناية والقسم الثالث أن لا يريد به شيئا فلا شيء عليه لأن الكناية مع
فقد الإرادة لا يتعلق بها حكم والله أعلم **فصل** وإذا قال لزوجته
وهي محرمة أو حائض أو في عدة عن طلاق رجعي أو في ظهار لم يكفر عنه
أنت علي حرام يريد تحريم وطئها لم يجب عليه كفارة لأن وطأها محرم عليه وهكذا
لو قال لأمته وقد زوجها أو كاتبها أنت علي حرام يريد تحريم وطئها لم يلزمه
الكفارة لأن وطأها محرم عليه وإن قال ذلك لهما على الحال التي
ذكرنا لا يريد تحريم وطئها فإن جعلنا اللفظ صريحا في وجوب الكفارة
وجبت عليه لأن الحكم يتعلق بصريح اللفظ وإن جعلناه كناية فيها لم تجب عليه

فصل وإن قال لزوجته رأسك علي حرام أو قال رأسك علي حرام فهما
سواء وليس كذكر الفرج وبأي ذكر أنه بعضها لأنها تدخل في قوله أنت
علي حرام فجرى عليه حكمه وإن كان لفظ التحريم أعم فإن أراد بتحريمه الفرج والرأس
تحريم الوطء لزمته الكفارة وإن لم يكن له إرادة فعلى قولين ولو قال أو كبدك
علي حرام كان صريحا في وجوب الكفارة لأنه لا يشار إلا إلى عينه **فصل**
ولو قال أنت علي حرام طالق ولا نية له طلقت ولم يلزمه الكفارة وصار ما
تقدم من التحريم من الطلاق تفسيرا له ولو قال أنت علي حرام وأنت طالق لم
يصر الطلاق تفسيرا لاستئنافه بلفظ مبتدأ ولزمته الكفارة في التحريم
على أحد القولين ولو قال أنت علي حرام كظهر أمي ولا نية له كان مظاهرا
ولم يلزمه بالتحريم كفارة لأنه قد فسر إطلاقه بقوله كظهر أمي فإن
قال ذلك يريد به الطلاق فيكون على ضربين أحدهما أن يريد الطلاق بقوله
كظهر أمي فيكون مظاهرا ولا يكون مطلقا والثاني أن يريد الطلاق بقوله
أنت علي حرام فيكون مطلقا مظاهرا **مسألة** قال الشافعي وأما ما لا
يشبه الطلاق مثل قوله بارك الله فيك أو اسقيني أو أطعميني أو زوديني
أو ما أشبه ذلك فليس ذلك بطلاق وإن نواه وقد ذكرنا أن الألفاظ
في الطلاق تنقسم ثلاثة أقسام صريح وقد مضى وكناية وقد تقدم وما ليس بصريح
ولا كناية وهو هذا الذي ... له أطعميني أو اسقيني أو زوديني وما أحسن ...
وما أجمل ... وما جرى مجرى هذه الألفاظ التي لم توضع للفرقة ولا تستعمل في
الفرقة فلا يقع بها الطلاق سواء نواه أو لم ينوه لأن الطلاق لو وقع بما لا يستعمل في
الفرقة لوقع بمجرد النية وقد رددنا على مالك في إيقاعه الطلاق بمجرد
النية في إحدى الروايتين عنه وهو قول محمد بن سيرين فأما إذا قال لها اطعمي واشربي
كان كناية يقع بها الطلاق إذا نواه وقال أبو إسحاق المروزي
يكون كناية فيما قال اطعمي واشربي فهذا فاسد لأن قوله اطعمي

واشتري بقفيز معنى التعدد لان معناه الحقي باهلك واشتري بشرابك وهي تتعدد
ذلك في الاغلب اذا طلقت من زوج وقوله الحقيني واسقيني اذا كان لها
ويقرب يجري هذا المجرى قوله اذهبي وهو كناية ولو قال لها اخرجي عني واعصفي
كان كناية وافق عليه ابو اسحق ولو قال اخرجي عني وعصفيني كان لاصحابنا
وجهان احدهما لا يكون كناية كما لو قال اطعميني واسقيني والثاني يكون
كناية لان معناه اخرجي عني فراقك وعصفيني بعد ذلك ولو قال لها
بارك الله فيك لا يكون كناية ولو قال لها بارك الله لك كان كناية والفرق
بينهما ما ذكرناه ٭ فصل واما اذا قال لها انت الطلاق فقد اختلف
اصحابنا هل يكون صريحا او كناية على وجهين احدهما يكون صريحا لان الطلاق
صريح فيها هذا تطلق واحدة الا ان يريد اكثر منها والوجه الثاني
يكون كناية لانها في نفسها لا يكون طلاقا وانما يقع الطلاق عليها اذا وقع
فلذلك صار كناية يرجع فيه الى ارادته وان لم يرد به الطلاق لم يقع
مسئلة قال الشافعي ولو قال للتي لم يدخل بها انت طالق ثلثا للسنة وقعن معا
اما اذا طلق غير المدخول بها ثلثا طلقت ثلثا وهو قول الجمهور وقال عطا
ابن يسار والمغربي تطلق واحدة لانها قد بانت بقوله انت طالق فلم يقع
عليها بعد البينونة بقوله ثلثا شي وهذا فاسد لان وقوع الثلث هو
بقوله انت طالق احتمال العدد وقوله ثلثا تفسير منه للعدد
المراد بقوله انت طالق ولذلك صار منصوبا لكونه تفسيرا كما لو قال
له علي عشرون درهما صار الدرهم لكونه منصوبا تفسيرا للعدد وقد
ذكر الثلث تفسيرا للعدد وقد حكي عن عبد الله ابن عمر انه سئل
عن غير المدخول بها اذا طلقت ثلثا فقال عطا ابن يسار انما طلاق البكر
بين واحدة فقال عبد الله ابن عمر انما انت قاص الواحدة تبينها
والثلث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره ٭ فصل واذا تقرر ان
طلاق الثلث يقع على غير المدخول بها كوقوعه على المدخول بها فقال

لها وهي غير مدخول بها انت طالق ثلثا للسنة وقعن معا في الحال على
اي حال كانت من حيض او طهر لانا قد ذكرنا ان غير المدخول بها
لا سنة في طلاقها ولا بدعة وليس عندنا في عدد الطلاق سنة ولا بدعة وعند
ابي حنيفة انها تطلق واحدة تبين بها ولا يقع عليها غيرها بناء على اصله
ان طلاق الثلث بدعة وان السنة فيه ان يوقع في كل قرء طلقة وهي
بالطلقة الاولى قد بانت فلم يقع عليها غيرها وقد مضى الكلام معه ٭ مسئلة
قال الشافعي ولو قال انت طالق انت طالق انت طالق وقعت الاولى وبانت بلا عدة
وهذا في غير المدخول بها واذا قال لها انت طالق انت طالق انت طالق
مريدا بالثانية والثالثة الاستيناف طلقت واحدة باللفظ الاول ولم يقع
الثانية والثالثة لانها بالاول بانت وقال مالك تطلق ثلثا اذا قال لها متصلا
لان بعض الكلام مرتبط ومحكم اوله موقوف على اخره فجرى مجرى قوله انت طالق ثلثا وهذا
فاسد لانه طلاق مرتب تقدم بعضه على بعض فاذا وقع ما تقدم منه منع من وقوع
ما تاخر عنه وخالف قوله انت طالق ثلثا لانه وقع معا في اللفظ الاول من غير
ترتيب وحكي عن الشافعي في القديم انها تطلق ثلثا كقول مالك فخرجه ابن
ابي هريرة قولا ثانيا واباه سائر اصحابنا وجعلوه حكاية عن مالك ٭ فصل
واذا قال لغير مدخول بها انت طالق طلقتين ونصف طلقت طلقتين ولم يقع عليها
الثالثة لانفرادها عما قبلها بواو العطف ولو قال لها انت طالق ثلثا الا نصف واحدة
طلقت ثلثا لان الباقي بعد الاستثناء طلقتان ونصف فكملت واحدة ٭ فصل
واذا قال لغير مدخول بها انت طالق واحدة بعدها واحدة فهي طالق واحدة
لم يقع ما بعدها لانها قد بانت بالواحدة ولو قال لها انت طالق واحدة قبلها واحدة
ففيه وجهان احدهما لا طلاق عليها لان وقوع الطلقة عليها يمنع من وقوع طلقة
قبلها ووقوع ما قبلها يمنع من وقوعها فانتفى بتقابل الدور اسقاط الجميع

والوجه الثاني وهو قول ابي علي ابن ابي هريرة انها تطلق واحدة ليس قبلها شي
لان وقوع ما قبلها يوجب اسقاطها واسقاط ما قبلها يوجب اثباتها واسقاط
ما قبلها ولو قال انت طالق واحدة معها واحدة ففيه وجهان احدهما تطلق طلقتين
لانهما يقعان معا لا تتقدم احديهما على الاخرى فصار كقوله انت طالق طلقتين
والوجه الثاني وهو قول المزني انها تطلق واحدة ليس معها شي لانه قد
افردها فصار كقوله انت طالق واحدة بعدها واحدة ** فصل ** ولو قال
لها وهي غير مدخول بها اذا دخلت الدار فانت طالق واحدة ثم قال لها واذا دخلت
فانت طالق ثنتين مع الواحدة فدخلت الدار طلقت ثلثا لوقوعهن معا في طلاق واحد
ولو قال اذا دخلت الدار فانت طالق واحدة معها واحدة فدخلت الدار طلقت
ثنتين لوقوعهما معا ولو قال اذا دخلت الدار فانت طالق واحدة بعدها
واحدة طلقت بدخول الدار واحدة ليس بعدها شي لانه رتبهما ولو قال اذا دخلت
الدار فانت طالق واحدة قبلها واحدة كان على ما مضى من الوجهين احدهما انها
لا تطلق بدخول الدار اصلا والثاني تطلق واحدة ليس قبلها شي ولو قال
اذا دخلت الدار فانت طالق وطالق فدخلت الدار ففيه وجهان احدهما
انه يقع عليها بدخول الدار طلقتان لان كل واحدة منهما تقع بدخول الدار
من غير ترتيب والوجه الثاني انه يقع عليها الا طلقة واحدة كما لو قال لها
مواجهة انت طالق لم يقع عليها الا واحدة وهذا فاسد لانه في المواجهة
رتب وفي تعليقه بدخول الدار غير مرتب ولعل قائل هذا الوجه
اوقع الواحدة ان المواجهة عنده توجب الترتيب والله اعلم

باب الطلاق بالوقت وطلاق المكره وغيره من كتب

قال الشافعي واي اجل طلق اليه لم يلزمه قبل وقته وهذا كما قال الطلاق
يقع ناجزا ومعلقا بصفة والى اجل موقوعه ناجزا ان يقول انت طالق فيقع
بمجرد اللفظ ووقوعه على صفة ان يقول اذا دخلت الدار فانت طالق وان قدم
زيد فانت طالق فلا يقع الطلاق قبل وجود الصفة سوا كانت الصفة مما لا

ايها لدخول الدار او مضافة الى غيرها كقدوم زيد وهذا متفق عليه
واما تعليقه باجل فقوله انت بعد شهر او الى سنة او راس شهر فلا يقع الطلاق
عليها قبل حلول الاجل سوا كان الاجل معلوما او مجهولا وبه قال ابو حنيفة
واكثر الفقها وقال مالك يقع الطلاق معجلا ان كان الاجل لا بد من حدوثه انه يصير
نكاحا الى مدة وهذا باطل كالمتعة والثاني ان عقد النكاح الى اجل
يوجب تعجيله كالمخابرة فيه اوجب الكتابة تخرجهما بالعتق بعد الادا تعجل
تحريمها سعي الكتابة قبل الادا هو انه تعلق طلاق بشرط فوجب ان لا
يقع قبل وجود الشرط قياسا على تعليقه بموت زيد فان قيل بموت زيد
مجهول الاجل قيل اذا ثبت فيه الاجل المجهول كان ثبوت الاجل المعلوم احق
ولانه ازاله ملك لو علق باجل مجهول لم يتعجل كالعتق ولانه اجل لو علق
به العتق لم يقع قبله فوجب اذا علق به الطلاق لم يقع قبله كالمجهول فاما قياسه
على المتعة والنكاح الى مدة فغلط لان النكاح عقد يمنع فيه دخول الاجل فيفسد
بالمعلوم والمجهول والطلاق وحله لا يفسد بالاجل المجهول فكان اولى ان لا يفسد بالاجل
المعلوم على ان دخول الاجل في النكاح مبطل له فلو كان الطلاق مثله لكان
دخول الاجل فيه مبطلا له دون النكاح ولم يجعله مبطلا للنكاح دون الطلاق
واما الكتابة فلا يصح اعتبارها لان المكاتب قد ملكت نفسها وملك ما عليها فلم يجز ان
يجمع بين ملكه لما عليها وملكها لنفسها فيها كالخلع وفي الطلاق المؤجل ** فصل ** فاذا
لا يزول ملكه عليها ما يمنع من ملكه على ما يمنع به اسقاطه
تقرر ما وصفنا من ان الطلاق المؤجل لا يتعجل فلا فرق بين ان يقول لها انت طالق
بعد شهر وبين ان يقول لها انت طالق الى شهر في انه لا يقع الى ان يتم
الطلاق عليها بعد شهر وقال ابو حنيفة ان قال لها انت طالق بعد شهر لم يقع عليها
قبل شهر وان قال انت طالق الى شهر يقع الطلاق عليها في الحال لانه جعل
ذلك اجلا لمدة الطلاق ولم يجعله شرطا في وقوعه وهذا فاسد
لمكان الامرين شرط والطلاق فيهما موجل بعد شهر لانه لا فرق بين قول القائل

انا خارج بعد شهر وبين ان يقول انا خارج الى شهر فان الشهر اجل للخروج
بعده في **فصل** قال الشافعي في الاملا ولو قال لها انت طالق راس الشهر
ثم قال لها انت طالق ملكنا لطلقه الاولى وان اراد به تعجيلها طلقت واحده لانه
قد عجل ما اجل وان لم يغلظ وان اراد تعجيل وايقاع هذه طلقت طلقتين
لانه لا يملك رفع الطلاق المؤجل ولا المعلق بصفه والله اعلم **مسله**
قال الشافعي ولو قال في شهر كذا او في غرة هذا الهلال الذي طلقت في المغيب
من الليله التي يرى فيها هلال ذلك الشهر اما اذا قال لها انت طالق في شهر رمضان
طلقت بدخول اول شهر رمضان وذلك باول جزء من الليلة التي يرى فيها
هلال رمضان وقال ابو ثور لا تطلق الا في اخر جزء من شهر رمضان لسوغ
به الصفه التي علق به طلاقها وهذا فاسد لان الطلاق المعلق بالصفه يقع
باول وجود الصفه كقوله انت طالق ان دخلت الدار تطلق بدخول اول الدار
كذلك اذا علق بشهر رمضان وشعبان تطلق باول دخوله فاذا ثبت ما ذكرنا من
طلاقها بدخول اول جزء من شهر رمضان وذلك بعد غروب الشمس من اول
الليله التي يرى فيه هلاله فقال اردت بقولي انت طالق في شهر رمضان
وقوع الطلاق عليها في اخره دين فيه وحمل فيما بينه وبين الله تعالى لعلمه
لاحتماله والزم في ظاهر الحكم وقوع الطلاق في اوله لانه ظاهر لفظه **فصل**
ولو قال انت طالق في اول شهر رمضان طلقت عند غروب الشمس من اول الليله
منه كالذي قلنا بوفاق اجزاء بها ما فلو قال اردت ان تكون طلقتي في اخره
لم يدين فيه ولزمه في الظاهر والباطن تعجله في اوله لان اخره لا ينطلق عليه
اسم اوله ولو قال اردت في اخر يوم من اوله دين فيه لاحتماله لانه من اوله ولو قال
اردت في اخر النصف الاول منه فهل يدين فيه ام لا على وجهين من مسله يذكرها
من بعد ولو قال انت طالق في غره شهر رمضان طلقت باوله اذا دخل على ما
ذكرنا فلو قال اردت وقوع الطلاق في اخره لم يدين فيه لانه لا ينطلق اسم الغره
عليه ولو اراد وقوعه في اول يوم منه وثانيه وثالثه دين فيه

دون الثلث الاول من الشهر بعشرة لقولهم ليال غرر وليال بهر ولو قال انت طالق
مستهل شهر رمضان طلقت بغروب الشمس في اول ليله منه فان اراد به
ما بعد اليوم الاول منه لم يدين فيه لانه ليس من مستهله وان اراد اليوم الاول
الى اخره دين فيه لانه مستهل ايامه **فصل** ولو قال انت طالق في اخر
شهر رمضان او في انسلاخ شهر رمضان او في انقضا شهر رمضان طلقت
بغروب الشمس من اخر يوم منه لان اول الشهر يكون بدخول الليل واخره بخروج النهار
لان الشهر يجمع الليل والنهار فان قيل انما يجمعهما لغة والشرع يخص النهار
منهما لقول الله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه فاوجب الشرع صوم النهار
دون الليل فكان النهار هو الشهر الشرعي فكان اولى ان يتعلق به حكم الشهر
قيل قد جا الشرع بجميع الليل والنهار قال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض
من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلثة اشهر وهي يعتد فيها الليل والنهار معا فلم يكن
لتعلق الحكم باحدهما وجه ما لم يخصه دليل **فصل** واذا قال لها
انت طالق في اول اخر الشهر ففيه وجهان احدهما انها تطلق بغروب الشمس
الليله السادسة عشر منه لان اخر الشهر نصفه الثاني واول النصف
الثاني غروب الشمس من اول الليله السادسه عشر وهذا قول ابي العباس
ابن سريج والوجه الثاني انها تطلق بطلوع الفجر في اخر يوم منه فان كان الشهر
كاملا فهو يوم منه فان كان الشهر كاملا فهو يوم الثلثين وان كان الشهر ناقصا
فهو يوم التاسع والعشرين لان اخر الشهر هو اخر يوم منه واول اليوم طلوع
الفجر فيه **فصل** ولو قال انت طالق في اخر اول الشهر ففيه وجهان احدهما وهو
قول ابي العباس تطلق بغروب الشمس في اليوم الخامس عشر لان اول الشهر نصفه الاول
واخره غروب الشمس من الخامس عشر منه والوجه الثاني تطلق بغروب الشمس في
اول يوم منه لان اوله اليوم الاول واخره غروب شمسه **فصل**
ولو قال انت طالق في اخر اخر الشهر فعلى قول ابي العباس تطلق عند طلوع الفجر

من اليوم السادس عشر لان عنده ان اول اجزاء الشهر اول الليلة السادسة عشر
لان عنده ان اول اجزاء الشهر اول الليلة السادسة عشر فكان اخرها طلوع الفجر
من يومها وعلى الوجه تطلق بغروب الشمس في اخر يوم منه لان اول اجزاء على هذا
الوجه طلوع الفجر من اخر ايامه فكان اخره غروب شمسه ۞ فصل
ولو قال لها انت طالق في اول اخر او اخر اول الشهر فعلى قول ابي العباس تطلق بطلوع
الفجر من اليوم الخامس عشر لان اخر اوله عنده غروب الشمس من اليوم الخامس عشر
فكان اول طلوع فجره وعلى الوجه الثاني بطلوع الفجر من اول يوم من الشهر
لان اخر اول الشهر غروب الشمس من اول ايامه فكان اوله طلوع الفجر ۞ فصل
ولو قال انت طالق اليوم طلقت في وقته ولو قال في غد طلقت عند طلوع فجره فلو
قال انت طالق اليوم او غدا طلقت في غد لانه يقين ولو قال انت طالق اليوم
وغدا طلقت في الحال واحدة ورجع الى بيانه في غد ولو اراد وقوع
اخرى فيه طلقت ثانية وان اراد وقوع طلقة في هذين اليومين لم
تطلق الا واحدة في اليوم وان اراد تاخير الطلاق من اليوم الى غد لم
يقبل منه في ظاهر الحكم ودين فيما بينه وبين الله تعالى وان لم يكن له ارادة
ففيه وجهان احدهما وهو قول العراقيين انه لا تطلق الا واحدة في اليوم لانها
اذا طلقت في اليوم فهي في غد كذلك والوجه الثاني انها تطلق في اليوم
واحدة وفي غد اخرى لانه معطوف على اليوم فجرى عليه حكم تسوية
بين العطف والمعطوف ۞ فصل واذا قال انت طالق في اليوم بعض
طلقة وفي غد بعض طلقة طلقت في اليوم واحدة وسئل عن ارادته
عن بعض التطليقة في غد فان اراد الباقي من التطليقة الاولى لم تطلق في
غد لانه قد عجل بانها بكمال الطلقة في اليوم وان اراد بعض طلقة
اخرى طلقت في غد طلقة ثانية بكمال البعضين وان لم يكن له ارادة ففيه
وجهان احدهما لا تطلق الا واحدة لانها بعض والثاني تطلق طلقتين

واحدة في اليوم واخرى في غد تسوية بين حكم اليومين وان بعض التطليقة
تقوم مقام التطليقة لوجوب تكميلها بالشرع ۞ مسالة قال الشافعي
ولو قال اذا رايت هلال الشهر فانت طالق حنث اذا راه غيره الا ان يكون اراد
رؤية نفسه وهذا كما قال اذا قال اذا رايت هلال شهر رمضان
فانت طالق فان راه مع الناس طلقت اجماعا وان راه الناس دونه طلقت عندنا
وقال ابو حنيفة لا تطلق حتى يراه بنفسه لانه علق الحنث برؤيته فلا يوجب
وقوعه برؤية غيره كما لو قال اذا رايت زيدا فانت طالق فراه غيره لم
تطلق وهذا فاسد لان الشرع قد قرر ان رؤية غيره للهلال كرؤيته
لقول النبي صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته ثم لم يلزمه ان يصوم ويفطر
برؤيته عينه فوجب ان يكون اطلاق رؤية الشهر محمولا على ما قيده الشرع
وليس كذلك اذا علقه برؤية زيد لان الشرع ما جعل رؤية الغير له
كرؤيته فعلى هذا لو قال اردت رؤية نفسي دين فيما بينه وبين الله تعالى على ما
نوى ولم يحنث الا برؤيته بنفسه وحنث في ظاهر الحكم برؤية غيره فلو راه
وقد اراد رؤيته بنفسه في نهار اخر يوم من شعبان قبل غروب شمسه ففي حنثه
وجهان احدهما يحنث لانه هلال الشهر رمضان وان تقدمه والوجه الثاني
وقد اشار اليه الشافعي في الام انه لا يحنث لان هلال الشهر ما كان من ليلته
فلو نوى هلال رمضان في اوله حتى صار قمرا ففيه وجهان احدهما يحنث
تغليبا للاسم الذي يريد حقيقة الاسم والوجه الثاني لا يحنث اعتبارا
بحقيقة الاسم لانه يريد الاستنارة واختلفوا متى يصير الهلال قمرا
فقال قوم يصير قمرا بعد ليلتين وقال اخرون بعد ثلاث وقال اخرون اذا استدار
اذا بهر ضوءه والله اعلم ۞ مسالة قال الشافعي ولو قال اذا مضت سنة
وقد مر من الهلال خمس لم تطلق حتى تمضي خمس وعشرون ليلة من يوم تكلم واحد عشر شهرا
بالاهلة وخمس بعد نقصها ۞

إذا قال لامرأته إذا مضت سنة فأنت طالق فهو معتبر بالسنة الهلالية
التي هي اثنا عشر شهرا بالأهلة كما أن الشهور تعتبر بها لأن الشهر
من الهلال إلى الهلال كاملا كان أو ناقصا فإن كمل فهو ثلاثون يوما لا يزيد عليها وإن نقص
فهو تسعة وعشرون يوما لا ينقص منها والأغلب من السنة الهلالية أنها
ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وربما نقصت يوما أو زادت يوما وقال أبو حنيفة
لا اعتبار فيها بالأهلة وهي معتدة بثلاثمائة وستين يوما لأنها أيام السنة
عرفا وهذا خطأ لقول الله تعالى يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت
للناس والحج فجعل الله تعالى الأهلة لأهل الإسلام علما لآجالهم وقد يكمل ما بين الهلالين
تارة وينقص أخرى فوجب أن يكون الاعتبار بالاثني عشر شهرا بالأهلة لقوله
تعالى إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا لقوله تعالى إن عدة
الشهور عند الله اثنا عشر شهرا ولأنه لما كان ما يتقدر بالشهور لا يعتبر
فيه كمال الأيام وجب فيما تعلق بالسنين أن لا يعتبر فيه كمال الشهور

فصل وإذا ثبت هذا لم يخل حال الوقت الذي عقد
فيه هذا الطلاق من أحد أمرين إما أن يكون في أول شهر أو في تضاعيفه
فإن كان في أول شهر مع رأس هلاله اعتبرت اثنا عشر شهرا بالأهلة
فإذا طلع هلال الشهر الثالث عشر فقد انقضت السنة ووقع الطلاق وإن
كان في تضاعيف شهر كأن قال هذا وقد مضى من الشهر خمسة أيام فلا يخلو
أن يكون ذلك الشهر كاملا أو ناقصا فإن كان كاملا فالباقي منه خمسة وعشرون
يوما فإذا مضى بعد الشهر أحد عشر شهرا بالأهلة ومضى من الشهر الثالث
عشر خمسة أيام فقد انقضت السنة ووقع الطلاق وإن كان الشهر الأول ناقصا فالباقي
أربعة وعشرون يوما كان انقضاء السنة بأن يمضي من الشهر الثالث عشر ستة أيام
اعتبارا بكمال الشهر الأول وإن لم يعتبر كمال غيره من الشهور لأن فوات
هلاله يوجب اعتبار كماله كالصوم لقول النبي صلى الله عليه وسلم صوموا

لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين ولو شك في وقت | عقده
هذا الطلاق هل كان في أول الشهر أو بعد عشر مضت منه لم يلزمه الطلاق
إلا بعد مضي عشر من الشهر الثالث عشر اعتبارا باليقين فيها الزوج وأن الطلاق
لا يقع بالشك وهل تحرم عليه في هذا العشر وطؤها وإن لم يقع فيه طلاقها
على وجهين أحدهما وهو الأظهر أن وطأها لا يحرم لأن الطلاق منها لا يقع والوجه
الثاني أن وطأها يحرم للشك في استباحتها كما لو اشتبهت زوجته بأجنبية

فصل ولو قال أردت بقولي إذا مضت سنة فأنت طالق السنة العددية
التي هي استكمال ثلاثمائة وستين يوما دين في الباطن دون الحكم ولو قال أردت
السنة الشمسية التي هي ثلاثمائة وستون يوما وربع التي تعتبر بها البروج الذي
طلقت منه دين في الباطن دون الحكم لأن الطلاق السنة في الشرع وحمله
في الحكم على السنة الهلالية دون العددية والشمسية لما ذكرنا ثم يقبل في الظاهر
لما فيه من الزيادة في الأجل ودين في الباطن احتمالا ولو قال أردت بسنة التاريخ
أولها مستهل المحرم وآخرها سلخ ذي الحجة دين فيه في الباطن والحكم لأنه
اتهم به واقتصر الأجل ولو قال إذا مضت السنة فأنت طالق حمل في ظاهر الحكم
على سنة التاريخ لأنها معهودة وإذا انقضت بانسلاخ ذي الحجة لزمه الطلاق
سواء كان الباقي منها قليلا أو كثيرا فلو قال أردت كمال سنة بالأهلة
دين في الباطن دون الحكم والله أعلم **مسألة** قال الشافعي ولو قال أنت
طالق الشهر الماضي طلقت مكانه وإيقاعه الطلاق الآن في شهر مضى محال
اعلم أن قوله أنت طالق الشهر الماضي وأنت طالق أمس ينقسم ثلاثة أقسام أحدها
أنه يريد بذلك أنه يطلقها في الشهر الماضي طلاقا يوقعه الآن فهذا محال ولا
طلاق عليه لأن ما مضى من الزمان لا يستدرك والقسم الثاني أنه يريد
بذلك أنه يطلقها الآن طلاقا يقع عليها في الشهر الماضي فالطلاق واقع في العرف
منهما أنه أراد في هذا القسم وقوع الطلاق في الوقت فوقع ولم يرد في القسم

الاول ووقوع الطلاق في الوقت فلم يقع واذا وقع الطلاق في هذا القسم
فهو واقع لوقته ولا يتقدم حكمه في الشهر الماضي وقال ابو حنيفة هو معجل
الحكم مكون وانما الشهر الماضي اسند لا لانه لو علقه بوقت مستقبل لم يتقدم
وجب اذا علقه بوقت ماض ان لا يتاخر عنه وهذا فاسد لان الطلاق اذا
علق بشرط صح في المستقبل ولم يصح في الماضي لانه يصح ايجاد الفعل فيما يستقبل
ولا يصح ايجاده فيما مضى ولذلك صح الامر بالافعال المستقبلة دون الماضية له
وصار الماضي منهما خبرا ولم يكن امرا والقسم الثالث ان يقول ذلك ولا اراده
والذي نص عليه الشافعي في كتاب الام ونقله المزني الى هذا الموضع ان
الطلاق واقع على صفة مستحيلة موقع الطلاق والعتق الصفة كما قال لمن
لا سنة في طلاقها ولا بدعة انت طالق للسنة او للبدعة طلقت في الحال من
غير اعتبار سنة ولا بدعة قال الربيع وفيها قول اخر انه لا طلاق عليه
واختلف اصحابنا فيه فكان ابو علي بن خيران يجعله قولا ثانيا للشافعي تعليلا
بان تعليق الطلاق بالصفات المستحيلة لا يوجب وقوعه والغا الصفة كما
لو قال انت طالق ان صعدت السما او شربت ما البحر لم يقع الطلاق عليها
لاستحالة صعود السما وشرب ما البحر كذلك قوله انت طالق في الشهر الماضي
لا يوجب وقوعه في الحال لاستحالة وقوعه في الشهر الماضي وذهب سائر
اصحابنا الى انه مذهب الربيع وليس بقول الشافعي وفرقوا بين المسلمتين
ان استحالة صعود السما وشرب ما البحر لانه خلاف العادة ولانه
غير داخل في القدرة فلذلك صار صفة معتبرة لا يقع الطلاق الا بها
وايقاع الطلاق الحادث في الزمان الماضي مستحيل لخروجه عن القدرة
فصارت الصفة فيه ملغاة والطلاق فيه واقع على ان اصحابنا قد خرج من
المسلمتين واوقع الطلاق اذا علقه بصعود السما وشرب ما البحر لاستحالته
كما اذا علقه بالشهر الماضي والصحيح انه لا يقع وان كان بينهما فرق
فهو ما تقدم *
فصل ولو قال لها

اذا قدم زيد فانت طالق قبله بشهر فان قدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدومه
بشهر لانه لا طلاق يقع بعد عقده وان قدم زيد قبل شهر فمن اصحابنا من جعل
وقوع الطلاق على ما قدمناه من قول الشافعي والربيع لانه طلاق اوقعه قبل
عقده وذهب سائر اصحابنا الى ان الطلاق لا يقع هاهنا قولا واحدا والفرق بينهما
انه قد كان وجود الشرط هاهنا ممكنا لا مستحيلا فوجب اعتباره ووجوده وفيما
تقدم مستحيل فسقط اعتباره فعلى هذا لو قال انت طالق قبل موتي بشهر
فمات بعد شهر طلقت قبل موته بشهر لوجود الشرط بعد العقد ولو مات
قبل شهر لم تطلق لتقدم الشرط على العقد وعلى هذا لو كانت المسألة بحالها
فماتت ثم مات بعدها فلا يقع الطلاق عليها الا ان يموت بعد شهر ويكون موتها
قبله لاقل من شهر ليكون الشرط مصادفا للحياة فان ماتت قبله لاكثر من شهر لم
يقع الطلاق لمصادفة الشرط بعد موتها والطلاق لا يقع بعد الموت وهكذا
لو ماتت قبله بشهر سواء لم يقع الطلاق لانه لا يقع الطلاق عليها مع الموت
كما لا يقع الطلاق عليها بعد الموت *
فصل وان قال لها انت طالق في اليوم
الذي يقدم فيه زيد ثم ماتت في اول يوم قدم زيد في اخره ففي وقوع الطلاق
عليها وجهان احدهما وهو قول ابي بكر ابن الحداد المصري في وقوعه ان الطلاق
واقع عليها لانه اذا قال لها انت طالق في يوم السبت طلقت بعد طلوع فجره
فكذلك اذا قال لها انت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد كان قدومه في اليوم
تعلق وقوع الطلاق فيه فوجب ان يكون واقعا مع طلوع فجره وقد كانت في
الحياة بعد طلوع الفجر وقبل قدوم زيد فوجب ان يقع الطلاق عليها والوجه الثاني
وهو قول ابي العباس بن سريج ان الطلاق لا يقع اذا تقدم الموت على القدوم لان
قدوم زيد يوجب وقوع الطلاق بعده حتى لا يقع الطلاق قبل وجود
شرطه وكان تعليق الطلاق باليوم وحده من غير تعليق بشرط فيه حينئذ يقع
بطلوع فجره لانه في تعليقه باليوم معلق بشرط واحد وقد وجد بطلوع الفجر

فوقع الطلاق وفي تعليقه بقدوم زيد تعليق لطلاقها بشرطين فلم يقع الطلاق الا
بهما وبطل ولو قال لعبده اذا قدم زيد فانت حر قبله بساعة فجاء اول يوم قدم
زيد في آخره عتق على قول ابن الحداد ولم يعتق على قول من شرط لوجود الشرط
بعد صحة البيع. **فصل** واذا قال لها انت طالق ثلاثا قبل قدوم
زيد بشهر ثم خالعها وقدم زيد فان قدم زيد قبل شهر لم تطلق بقدومه وصح
الخلع فان قدم بعد شهر فان كان الخلع قبل قدوم زيد باكثر من شهر صح الخلع
ولم تطلق بقدوم زيد لانها بانت بالخلع قبل قدوم زيد باكثر من شهر وان كان
الخلع قبل قدوم زيد باقل من شهر وقدم زيد قبل وقوع الطلاق بقدومه
باكثر من شهر طلقت بقدوم زيد وبطل الخلع لتقدم الطلاق وبقدوم زيد
على الخلع فصار الخلع واقعا بعد وقوع الطلاق عليها بقدوم زيد. **مسئلة**
قال الشافعي ولو قال لعينها انها مطلقة من غيري لم يقبل منه الا ان يعلم في
ذلك الوقت انها كانت مطلقة من غيره فالقول قوله مع يمينه وهذا على ايراد
الى قولها انت طالق الشهر الماضي وقال اردت انه طلقها فيه زوج كان لها قبلي
ولا يخلو حاله من ثلاثة اقسام احدها ان يعلم صدق قوله في تقدم الزوج
وطلاق فيقبل قوله انه اراده لكونه محتملا فان صدقته الزوجة على ارادته
فلا يمين عليه وان كذبته فالقول قوله مع يمينه ولا طلاق عليه والقسم الثاني ان يعلم
كذب قوله وانه لم يتقدمه زوج غيره فالطلاق واقع ودعواه مردودة
للعلم ببطلانها والقسم الثالث ان لا يعلم حالها ويجوز الامران فيها
فيرجع الى الزوجة ولها حالتان احداهما ان تصدقه على تقدم زوج وانه اراد
بالطلاق ما تقدم من طلاق الاول فلا طلاق عليه ولا يمين لتصديقها له على الامرين
والحالة الثانية ان تكذبه على تقدم الزوج وعلى انه اراد طلاق غيره فعليه ان
اقام بينة على تقدم زوج قبله صار القول قوله مع يمينه انه اراد طلاق
الاول ولا طلاق عليه وان لم يقم بينة على زوج قبله كان القول قول الزوجة مع
يمينها انه لم يكن لها زوج قبله والطلاق لازم له في ظاهر الحكم وان كان مدينا
فيه. **فصل** ولو قال اردت بقولي لها انت طالق في الشهر الماضي
اني كنت طلقتها فيه واحدة ثم راجعتها فان صدقته الزوجة على ذلك فلا طلاق
عليه ولا يمين وان كذبته فالقول قوله مع يمينه ولا طلاق عليه اذا لم يعرف [illegible]

يدعي طلاق زوج فلا يقبل منه ويبين ان يدعي طلاقا ارتجعها فيه فيقبل منه
انه بادعاء الرجعة موقع للطلاق في ساعته والزوج غيره ونفعله في ساعته
فصل ثم يتفرع على تعليق الطلاق بالشهور والازمنة فروع فمنها ان يقول
انت طالق في شهر قبل رمضان فتطلق في شعبان لانه قبل رمضان ولو قال
في شهر قبله رمضان طلقت في شوال لان قبله رمضان ولو قال انت طالق في شهر
بعد رمضان طلقت في شوال ولو قال في شهر بعده رمضان طلقت في شعبان لان
دخول الهاء على قبل وبعد يخالف حذفها منهما تغليبا لما يظهر في المقصود من الفرق
بينهما فعلى هذا لو قال انت طالق قبل ما قبل رمضان طلقت في رجب لان ما قبل
رمضان شعبان وما قبل شعبان رجب وقال في شهر قبل ما قبله رمضان طلقت في
رمضان لان ما قبله رمضان شوال وما قبل شوال رمضان وعلى هذا لو قال انت
طالق في شهر بعد ما بعد رمضان طلقت في ذي القعدة ولو قال في شهر بعد ما بعده رمضان
طلقت في رمضان ولو قال انت طالق في شهر قبل ما بعد رمضان طلقت في رمضان ولو قال
في شهر قبل ما بعده رمضان طلقت في رمضان ولو قال في شهر قبل ما بعده رمضان
طلقت في رجب لان ما بعده رمضان شعبان وقبل شعبان رجب ولو قال انت
طالق في شهر بعد ما قبل رمضان طلقت في رمضان لانه قبل ما بعده ولو قال
انت طالق في شهر قبل ما قبل ما قبله رمضان طلقت في ذي القعدة ولو قال
انت طالق في شهر قبل ما قبل ما بعد رمضان طلقت في شعبان ولو قال في شهر
قبل ما قبل ما بعده رمضان طلقت في جمادى الاخرة ولو قال انت طالق في شهر
بعد ما بعد ما قبل رمضان طلقت في شوال ولو قال في شهر بعد ما بعد ما قبله
رمضان طلقت في ذي الحجة ثم على هذه العبرة تعليلا لما ذكرناه. **مسئلة**
قال الشافعي ولو قال لها انت طالق اذا طلقتك فاذا طلقتها وقعت عليها واحدة
بابتدائه الطلاق والاخرى بالحنث وهذا صحيح. اذا قال لها اذا طلقتك
فانت طالق او ان طلقتك فانت طالق او متى طلقتك فانت طالق ثم قال لها بعد ذلك انت طالق
او قال انت بائن يريد به الطلاق او قال ان زدت ملكتك نفسك يريد به الطلاق فطلقت نفسها

فانها تطلق في هذه الاحوال كلها طلقتين واحده بالمباشره ضمنا كان رسا
باشرها به او كنايه والطلقه الثانيه بالصفه لانه جعل طلاقه لها صفه
في وقوع الطلاق عليها وقد وجدت الصفه بقوله انت طالق فوجب ان تحنث بها
في وقوع الطلقه الثانيه عليها وهكذا لو قال لها اذا طلقتك فانت طالق ثم قال
لها ان دخلت الدار فانت طالق ثم دخلت الدار طلقت طلقتين احداهما بدخول
الدار والثانيه بانه قد طلقها ولا فرق بين ان يكون الطلاق الذي اوقعه عليها
طلاق مباشره او طلاق قد علقه بصفه لانه في كلا الحالين قد طلقها فصار
صفه في وقوع الطلاق الثاني عليها ولكن لو قال لها ابتدا ان دخلت الدار فانت
طالق ثم قال لها ان طلقتك فانت طالق ثم دخلت الدار لم تطلق الا واحده بدخول
الدار ولا تطلق الثانيه بوقوع الطلاق عليها لانه جعل احداثه لايقاع الطلاق
عليها صفه في وقوع الطلاق الثاني عليها واذا طلقت بما تقدم لم يكن محدثا
لايقاع الطلاق عليها فلم توجد الصفه ولذلك لم يقع الحنث ولو قال لها اذا
طلقتك فانت طالق ثم قال انت طالق طلقتين كالذي ذكرنا احداهما بالمباشره والثانيه
بالصفه والاولى لقوله كلما فانه ها هنا لان معناه كلما احدثت ايقاع الطلاق
عليك فانت طالق واذا قال لها ثم بعد انت طالق فما احدث الطلاق عليها
الا مره فلم يقع الحنث به الا مره واحده فلو قال في هذه المسائل كلها اردت
بقولي اذا طلقتك فانت طالق انها تطلق بوقوع الطلاق عليها اخبارا
عنه ولم ارد به عقد طلاق بصفه دين في القبا فلم يلزمه في الباطن الا واحده
لاحتمال ما اراد ولزمه في ظاهر الحكم طلقتان تغليبا لحكم الظاهر **فصل**
ثم نفرع على ما ذكرناه ان يقول وله امراتان حفصه وعمره يا حفصه كلما طلقت
عمره فانت طالق ويا عمره كلما طلقت حفصه فانت طالق فقد جعل طلاق كل واحده
منهما صفه في وقوع الطلاق على الاخرى الا انه قدم عقد الطلاق على
حفصه قبل عمره فان ابتدا فقال لحفصه انت طالق طلقت حفصه واحده
بالمباشره وطلقت عمره واحده بالصفه وهي وقوع الطلاق على
حفصه وطلقت حفصه ثانيه بالصفه وهي وقوع الطلاق على عمره فتطلق

حفصه طلقتين وتطلق عمره طلقه واحده ولو ابتدا فقال لعمره انت طالق
طلقت عمره واحده بالمباشره وطلقت حفصه واحده بالصفه ولم تطلق عمره
ثانيه بوقوع الطلاق على حفصه وان طلقت حفصه ثانيه بوقوع الطلاق على
عمره لانه مبتدئ بعقد اليمين على حفصه وموخر عقد اليمين على عمره طلقت حفصه
ثانيه بوقوع الطلاق على حفصه لتقدم عقد طلاقها فصار مثل مسئلته على عمره
فصل واذا كان له اربع زوجات فقال لهن كلما ولدت واحده فصواحباتها
طوالق فولدن جميعا فهذا ينقسم ثلثه اقسام يبين به حكم ما زاد عليها احد
الاقسام ان يلدن جميعا معا في حال واحد فتطلق كل واحده منهن ثلثا
وتعتد بالاقرا لان كل واحده منهن ثلث صواحب يقع عليها بولاده كل واحده
منهن طلقت كل واحده منهن ثلثا بولاده صواحبها الثلث وتعتد بالاقرا
لوقوع الطلاق عليهن بعد الولاده واول عددهن طهرهن بعد انقضا النفاس
والقسم الثاني ان يلدن متعاقبات واحده بعد واحده فقد اختلف اصحابنا فيما
يقع عليهن من عدد الطلاق على وجهين احدهما وهو قول ابي بكر بن الحداد
المصري ذكره في فروعه وتابعه عليه طائفه من اصحابنا ان الاولى تطلق
ثلثا وتعتد بالاقرا والثانيه تطلق واحده وتنقضي عدتها بالولاده
والثالثه تطلق طلقتين وتنقضي عدتها بالولاده وانما كان كذلك لان الاولى اذا
ولدت تطلق كل واحده من الثلث واحده ولم تطلق الاولى لان ولاده
كل واحده صفه في وقوع الطلاق على غيرها وليس بصفه في وقوع الطلاق
عليها فاذا ولدت الثانيه بانت بولادتها لوقوع الطلقه الاولى عليها وطلقت
بها الاولى واحده وطلقت بها الثالثه طلقه ثانيه وطلقت بها الرابعه طلقه
ثانيه فاذا ولدت الثالثه طلقت بها الاولى ثانيه ولم تطلق بها الثانيه
لانقضا عدتها بالولاده وطلقت بها الرابعه ثالثه وانقضت عدتها بالولاده
بعد وقوع طلقتين عليها فاذا ولدت الرابعه طلقت بها الاولى طلقه ثالثه

وتطلق بها الثانيه والثالثه لانقضا عددهما وانقضت عدتها بالولاده
والوجه الثاني وهو قول ابي العباس ابن القاص ذكره في التلخيص ولم يتابع عليه
عليه من بعده بقوله ان الاولي يقع عليها طلاق وتطلق كل واحده من الثلث بطلقه
لان الاولي اذا ولدت لم يقع عليها بولادتها طلاق ووقع علي كل واحده
من الثلث تطليقه تطليقه واذا ولدت الثانيه انقضت عدتها بولادتها
ولم تطلق بها غيرها لانها السويه خرجت عن ان تكون صاحبتهن وخرجت
بنفاسهن في العده ان تكون صواحبها فلم يوجد شرط الطلاق فيهن فلم يطلقن
وكذلك اذا ولدت الثالثه انقضت عدتها ولم تطلق بها غيرها لهذا
المعني وكذلك الرابعه ولا يصح عدتها من الطلاق وهذان الوجهان ان رجعن
الي اراده الزوج بقوله كلما ولدت واحده منكن فصواحبها طوالق فان اراد
به الشرط فالجواب علي ما قاله ابن القاص وان اراد به التعريف فالجواب علي ما
قاله ابن الحداد وان لم يكن له اراده او مات الرجوع الي ارادته بالموت
كان محمولا علي التعريف دون الشرط لان الشروط معقوده لا تثبت الا باحتمال والجواز
والقسم الثالث ان تلد اثنتان منهن في حال معا ثم تلد بعدهما اثنتان في حال
معا فالجواب علي قول ابي بكر ابن الحداد ان كل واحده من الاولتين تطلق ثلثا
ثلثا وتنقضي عدتهما بالاقرا وكل واحده من الاخريين تطلق تطليقتين
وتنقضي عدتهما بالولاده لان الاولتين اذا ولدتا طلقت كل واحده منهما
تطليقه بولاده صاحبتها ولم تطلق بولاده نفسها وطلقت كل واحده من
الاخريين تطليقتين بولاده كل واحده من الاولتين فاذا ولدت كل واحده
من الاخريين لم تطلق واحده بولاده صاحبتها لانقضا عدتها بولادتها
وطلقت كل واحده من الاولتين تطليقتين بولاده الاخريين واستكملت طلاق
الاولتين ثلثا ووقع علي الاخريين تطليقتين والجواب علي قول ابي العباس بن القاص
ان كل واحده من الاولتين تطلق واحده واحده بولاده صاحبتها وكل واحده من

الاخريين تطلق تطليقتين بولاده الاولتين ولا تطلق الاولتين بولاده الاخريين
لانهما قد خرجتا بانقضا العده بالولاده ان تكونا صاحبتين للاولتين والله اعلم

مسئلة قال الشافعي ولو قال لها انت طالق كلما وقع عليك طلاقي فطلقها
واحده طلقت ثلثا وان كانت غير مدخول بها طلقت بالاولي وحدها وكذلك لو
طلقها تطليقه مدخول بها قال المزني الطلقات في معني وقت ايقاع الطلاق
فلم يقع الا واحده وهذا صحيح اذا قال لها كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق فلها
ثلثة احوال احدها ان تكون مدخولا بها والثاني ان تكون غير مدخول بها والثالث
ان تكون مخالعه فان كانت مدخولا بها فطلقها واحده طلقت ثلثا واحده بالمباشره
والثاني بالصفه وهو وقوع الاوله عليها والثالثه بالثانيه لانها قد وقعت عليها
فصار نصفه في وقوع الثالثه وهكذا لو قال لها بعد تقدم هذا الطلاق
او قبله ان دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار طلقت ثلثا واحده بدخول الدار
وثانيه بوقوع الاولي وثالثه بوقوع الثانيه لكن هذه المسله مخالفه المسطوره
المسله التي قبلها من وجهين احدهما انه اذا قال في المسله المتقدمه اذا طلقتك
فانت طالق ثم طلقها واحده طلقت ثنتين لا غير واذا قال لها في هذه المسله كلما وقع
عليك طلاقي فانت طالق ثم طلقها ثلثا طلقت واحده طلقت ثلثا والفرق بينهما
ان الشرط في الاوله بفعل الطلاق وفي الثانيه وقوع الطلاق وفعل
الطلاق لم يتكرر فلذلك لم يتكرر ووقوع الطلاق به ولولا ان عدد الطلاق
مقصور علي الثلث لتناهي وقوعه الي ما لا غايه له ولكن لو قال لها او نقف علي
طلاقي فانت طالق ثم طلقها واحده طلقت ثانيه لا غير كقوله كلما طلقتك
فانت طالق لانه قد اضاف الوقوع الي نفسه فصار الطلاق معلقا بفعله
والوجه الثاني ان في المسله الاوله اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق
ثم قال ان طلقتك فانت طالق ودخلت الدار لم تطلق الا واحده بدخولها وفي
هذه المسله ان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثم قال لها ان

وقع عليك الطلاق فانت طالق فدخلت الدار طلقت ستين والفرق بينهما انه
في الاولى جعل الشرط احداث للطلاق واذا طلقت لما تقدم لم يكن محدثا له
فلم تطلق وفي هذه المسلة جعل الشرط وقوع الطلاق وهو واقع من بعد
وان كان تعقد متقدم قبله لطلقت فمان بعض اصحابنا يجمع بين المسلتين
والفرق بينهما ان ما ذكرنا اصح ولو قال اذا وقع عليك طلاقي فانت طالق
ولم يقل كلما فطلقها واحدة طلقت ستين لان اذا لا توجب التكرار وكلما
توجب التكرار فصل وان كانت غير مدخول بها لم تطلق في
هذه المسلة الا واحدة وهي المباشرة لانها قد بانت بها فلم يقع عليها بالصفة
بعد ان بانت طالق ولكن لو قال لها وهي غير مدخول بها ان وطيتك فانت طالق
ثم قال لها ان وقع عليك طلاقي فانت طالق او قدم هذا القول على تعليق
الطلاق بالوطي فجامعها وكل سوا واو وطيها بان غيب الحشفة في الفرج طلقت
ثلثا واحدة بالوطي وثانية بالاولى لانها بالوطي قد صارت مدخولا بها فلزمت العدة
عليها وثالثة بالثانية واما وجوب الحد عليه بوطيه مع وقوع الثانية
عليها فله ثلثة احوال احدها ان يكون ... نزع ولم يعاود فلا حد
عليه والثاني ان يكون قد نزع ثم عاد فعليه الحد والثالث ان يستديم
بعد الايلاج من غير نزع ففي وجوب الحد وجهان فصل واذا
علقه حنث قال لها كلما وقع طلاقي فانت طالق ثم طلقها واحدة لم تطلق
بالمباشرة ولا بالصفة لان المختلعة لا يلحقها طلاق ولو كانت غير مخالعة
فقال لها كلما وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم خالعها طلقها واحدة طلقت
ولم تطلق غيرها ... بالخلع كانت بالثلث فصل
ولو قال لها ان طلقتك فانت طالق ثم وكل في طلاقها فطلقها الوكيل واحدة
لم تطلق غيرها لان طلاق الوكيل ليس هو فعل الزوج وان لم تحمل ولو
كان قال لها ان وقع عليك طلاقي فانت طالق ثم طلقها وكيله واحدة ففيه وجهان
احدهما لا تطلق غيرها كما لو قال لها ان طلقتك لان فعل الوكيل ليس من فعله

والوجه الثاني انها تطلق ثلثا كما لو كان هو المطلق لها واحدة بمباشرة
الوكيل وثانية بالاولى وثالثة بالثانية لان طلاق الوكيل واقع من جهة
الموكل وان لم يكن من فعله فصل ولو قال وله اربع زوجات وعبيد
كلما طلقت واحدة منكن فواحد من عبيدي حر وكلما طلقت اثنتين فعبدان
حران وكلما طلقت ثلثة فثلثة اعبد احرار وكلما طلقت اربعا فاربعة
اعبد احرار فطلق الاربع كلهن عتق عليه خمسة عشر عبدا ووجه ذلك
انه علق العتق بالاحاد وبالاثنين وبالثلث وبالاربع وفي الاربع
احاد معتوق بهن اربعة عبيد وفيهن اثنتان وفيهن ثلاث معتوق بهن ثلثة عبيد
وهن اربع واحدة معتوق بها اربعة وهن اربع ففي اربع عبيد فصار
ذلك عشر عبدا اربعة واربعة وثلثة واربعة وان شئت ان تعرف
ذلك بالطلاق وكل واحدة منهن فان طلاق الاولى يعتق به عبد واحد
وطلاق الثانية يعتق به ثلاثة اعبد لانه قد جمع منها صفتان انها واحدة
وانها ثانية وطلاق الثالثة يعتق به اربعة عبيد لانه قد اجتمع
فيها صفتان انها واحدة وانها ثالثة وطلاق الرابعة يعتق به سبعة عبيد
لانه قد اجتمع فيها ثلث صفات انها واحدة وانها ثانية وانها رابعة هذا
هو الصحيح ما قلنا ومن اصحابنا من اعتق بهن سبعة عشر عبدا وزاد عبدين
بالثالثة وجعل فيها ثلث صفات صفة الواحدة وصفة الاثنين
والثانية وصفة الثلث ومن اصحابنا من اعتق بهن عشرين عبدا
وبه قال اصحاب ابي حنيفة وجعلوا في الرابعة اربع صفات صفة
الواحدة وصفة الاثنين وصفة الثلث لانها ثانية والثالثة والرابعة
ثلث يعتق بالاولى عبدا وبالثانية ثلثة وبالثالثة ستة وبالرابعة
عشرة وكلا المذهبين خطا والاول هو الصحيح لان الاثنين والثلث انما يكون
بعد تمام عددها الاول الا تراه لو قال ان طلقت نصف زمانه

فعتق من عبيده خمسة وكل رمانة عتق عليه عبدان لان الرمانة لها نصفان وكلها
والمحوز ان يقال يعتق عليه ثلثه اعبد بالنصف الاول وعبد بالنصف الثاني والكل
انا كل الربع الثالث لانه يكون مع الربع الثاني نصفا وعبد ثالث اذا اكل
الباقي لانه مع الربع الثالث يكون نصفا فيعتق عليه ثلثه اعبد ويكون هذا
فاسد لانه لا يكون نصف ياتي الا بعد حال النصف الاول ولعل الكون في الواحد
اكثر من نصفين وتلك الاربعة لا يكون فيها اكثر من اثنين واثنين ولا يجوز ان
يتداخل بعض ذلك في بعض كما لا يجوز ان يتداخل في الرمانة احد النصفين
في الاخر وهذا التعليل ما ذهب فيه ابو الحسين القطان من اصحابنا ولم يعتق
عليه في هذه المسالة الا عشرة اعبد واحد فانه ثنوا ولثنه واربعة وهذا
وهم فاسد لان العدد لا يتداخل في مثله ويجوز ان يتداخل في غيره
والاحاد موجوده في الاربعة فتضاعفت والاثنان تضاعف الاثنان من اثنين
ولا الثلثه من ثلثه فيفسد ما قاله ابن القطان في اقتصاره على عتق عشره
كما يفسد ما قاله غيره في عتقه سبعة عشر وفي عتقه عشرين والصحيح
عتق خمسة عشر عبدا من الوجهين المذكورين في التعليلين **مسالة**
قال الشافعي ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك فسكت مده يمكنه
فيها الطلاق طلقت ولو كان يقال ان لم اطلقك لم يحنث حتى يعلم انه
لا يطلقها بموته او موتها قال المزني فرق الشافعي بين ان واذا
فالزم في اذا لم افعله من ساعته ولم يلزمه الطلاق في ان الا بموته او
موتها اعلم ان الالفاظ المستعمله في شروط الطلاق تسعه ان واذا
ومتى ما واي وقت واي زمان واي حين فهذا اذا استعملت في شرط الطلاق
ثلثه احوال احدها ان يتجرد عن عوض وان لا يدخل عليها لم الموضوعه
للنفي والحال الثانيه ان يقترن بها العوض والحال الثالثه ان يدخل
عليها لم الموضوعه للنفي فاما القسم الاول وهو ان يتجرد الالفاظ التسعه

عن العوض ولا يدخل عليها لم فلا تكون هذه الالفاظ التسعه مستعمله الا في
تعليق الطلاق بوجود الشرط فيعتبر وجود ذلك الشرط ابدا ما لم يفت
من غير ان يراعى فيه الفور ويكون على التراخي واذا وجد الشرط وقع به الطلاق
اذا كان قبل موت احدهما بطرفة عين واذا قال ان دخلت الدار فانت طالق
واذا دخلت الدار او متى دخلت الدار او متى ما دخلت الدار او اي وقت دخلت
الدار واي الزمان دخلت الدار واي حين دخلت الدار فانت طالق
كانت هذه الالفاظ التسعه كلها على التراخي لتعلقها بوجود شرط لا يختص بزمان
دون غيره فمتى وجد الشرط قريبا او بعيدا تعلق به الحكم ووقع به
الطلاق اذا كان قبل الموت فلو لم تدخل الدار حتى مات الزوج لم
تطلق وان كان الشرط موجودا لان الطلاق لا يقع بعد موت الزوج
فصار الشرع راجعا الى حكم الشرط بالموت فان قيل فقد قلتم في كتاب الخلع
اذا قال لها انت طالق ان شئت انه على الفور وان طالق اذا شئت انه
على التراخي وسويتم ها هنا بين قوله انت طالق ان دخلت الدار وانت
طالق اذا دخلت الدار انه على التراخي قيل قد ذكرنا في كتاب الخلع
الفرق بين قوله انت طالق اذا شئت انه على التراخي وانت طالق ان شئت
انه على الفور فاما الفرق بين قوله انت طالق ان دخلت الدار فيكون على
التراخي وبين قوله انت طالق ان شئت فيكون على الفور هو انه اذا علق
الطلاق بمشيئتها فهو تخيير ومن حكم التخيير ان يكون على الفور واذا
علقه بدخول الدار فهو صفه وشرط يتعلق الحكم بها متى وجدت
فلذلك صار على التراخي **مسالة** واما القسم الثاني وهو ان
يقترن بها العوض فينقسم حكم الالفاظ التسعه بدخول العوض عليها
قسمين احدهما ما يكون مع اقتران العوض به على التراخي ايضا وهو

خمسة ألفاظ متى ومتى ما وأي وقت وأي زمان وأي حين فإذا قال متى
أعطيتني ألف درهم فأنت طالق أو متى ما أعطيتني أو أي وقت أعطيتني
أو أي زمان أعطيتني أو أي حين أعطيتني كان الحكم في هذه الألفاظ الخمسة
كلها على التراخي فمتى أي وقت أعطته الألف من عاجل أو آجل طلقت والثاني
ما يصير باقتران العوض به على الفور وهو لفظتان إن وإذا فإذا قال
إن أعطيتني ألفا فأنت طالق روعي في وقوع الطلاق بدفعها أن يكون
على الفور في الزمان الذي يصح فيه القبول وإنما كان كذلك لأن إذا وإن من
حروف الصفات فإذا اقترن بها العوض صار الحكم له وصار أمهما صفات
ومن حكم المعاوضات أن يكون قبولها على الفور وليس كذلك ما قدمناه من الألفاظ
الخمسة لأنها أسماء صريحة في الوقت فصار حكمها القوية أغلب من حكم العوض
فصارت على التراخي لتساوي الأوقات فيها وصار كالمباشر الذي أنه قوي على
تخصيص العموم [illegible] يغلب فيه النص وتعين حكمه

فصل

وأما القسم الثالث هو أن يدخل على الألفاظ السبعة لم الموضوعة للنفي
فينقسم أيضا قسمين أحدهما هو خمسة ألفاظ تصير بدخول لم عليها موجبة
للفور وإن كانت قبل دخولها موجبة للتراخي وهي متى ومتى ما وأي وقت
وأي زمان وأي حين فإذا قال متى لم تدخلي الدار فأنت طالق أو متى ما لم
تدخلي أو أي وقت لم تدخلي أو أي زمان لم تدخلي أو أي حين لم تدخلي الدار
فأنت طالق فإنها تكون على الفور فمتى مر عليها بعد هذا القول زمان يمكنها
دخول الدار فيه فلم تدخل طلقت وإنما اختلف حكمها بدخول لم عليها لأنها
إذا تجردت عن لم فالطلاق مشروط بوجود الصفة ففي أي زمان وجدت وقع بها
الطلاق فصارت على التراخي وإذا دخلت عليها لم الموضوعة للنفي صار الطلاق
مشروطا بعدم الصفة [illegible] أول زمان الممكنة فلذلك صارت
على الفور ووقع الطلاق والقسم الثاني وهما لفظتان إن وإذا دخلت عليهما لم
الموضوعة للنفي [illegible] إن لم [illegible] طالق
أو إذا لم أطلقك فأنت [illegible] طالق [illegible]

على الفور ولو كان قال إن لم أطلقك لم يحنث حتى يعلم أنه لا يطلقها بموته
أو موتها فحمله ذلك على التراخي وفرق بين إذا وإن فلا وجه للتسوية بين أبي علي و
أبي هريرة بينهما لمخالفة النص وظهور الفرق وأما أبو حنيفة فسوى بين إذا وإن
في هذا الموضع في أنهما على التراخي لا يقع طلاق الحنث إلا أن يفوت طلاق
المباشر بالموت فيحمله على إذا عنده حكم إن عندنا وما قاله الشافعي من أن إذا
في هذا الموضع على الفور وإن على التراخي فالفرق بينهما من ثلاثة أوجه أحدها
وهو فرق أبي الطيب [illegible] أن إذا موضوع للتيقن والتحقيق وإن موضوع للشك
والتوهم لأنه يحسن أن يقال إذا جاء يوم الجمعة جئتك ولا يحسن أن يقال إن جاء
يوم الجمعة جئتك لأن مجيء يوم الجمعة متيقن وليس بمشكوك فيه ويحسن أن يقال إن جاء
المطر يوم الجمعة أتيتك ولا يحسن أن يقال إذا جاء المطر يوم الجمعة أتيتك لأن مجيء
المطر فيه شك وتوهم وليس بمتيقن ولذلك قال إذا الشمس كورت لأن تكويرها متيقن
فلما كانت إذا مستعملة في المتيقن والمحقق وإذا استوى زمان الممكنة استقر حكمه فصار
على الفور ولما كانت إن مستعملة في الشك والتوهم لم يستقر حكمه إلا بالفوات فصار
على التراخي والفرق الثاني وهو فرق أبي القاسم الداركي أن إذا تستعمل
في الأوقات وإن مستعملة في الأفعال ألا ترى لو قال متى طلقتني [illegible] في
جوابه أن تقول إذا شئت أو متى شئت ولم يحسن في الجواب أن تقول إن
شئت فإذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق كان على التراخي لأن الفعل
ممكن قبل فواته بالموت ولو قال إذا لم أطلقك فأنت طالق كانت على
الفور لأن وقت الممكنة قد مضى والفرق الثالث وهو فرق أبي الحسن القزويني
أن إذا اسم فكان أقوى عملا ولذلك كان على الفور وإن حرف فكان أضعف عملا
ولذلك كان على التراخي

فصل

فإذا تقرر ما ذكرنا من الفرق
بين إذا وإن فإذا قال إذا لم أطلقك فأنت طالق [illegible]
[illegible] هذا القول زمان يمكنه أن يطلقها فيه بأن يقول أنت طالق

فقد طلقت الا ان يموت احدهما عقيب كلامه في الحال من غير فصل يمكنه
ايقاع طلاق فيه فلا تطلق لان زمان المكنة لم يوجد والطلاق بعد الموت
لا يقع ولو قال ان لم اطلقك فانت طالق لم تطلق الا ان يفوته طلاقها بموته او بموتها
فيطلق حينئذ ثم ينظر فان فات الطلاق بموتها وقع الطلاق قبل موتها بزمان
يضيق عن قوله فيه انت طالق ولا ميراث بينهما ان كان الطلاق بائنا وله الميراث
ان كان دونها وان فات الطلاق بموته وقع الطلاق قبل موته في اخر
زمان قدرته اذا ضاق عن قوله فيه انت طالق فوقع الطلاق بموته قبيل
زمان قدرته وموتها قبل زمان الموت لان الطلاق من جهته فيعتبر عجزه
اخر اوقات القدرة ولم يراعى فيه اخر اوقات الموت الا ان بالموت يعرف
اخر اوقات القدرة ولو كانت المبتوتة في المرض فترثه وان كان الطلاق
ثلاثا على قول من يورث المبتوتة وان قيل فاذا حكم بوقوع الطلاق
بالموت فهلا منعتم من وقوعه كما لو قال لها اذا مت فانت طالق ثم مات
لم تطلق قيل لان تعليق الطلاق بالموت يوجد فيه الصفة بعد زوال
ملكه بالموت فلذلك لم يقع وليس كذلك في مسئلتنا لانها صفة توجد
حال الحياة وان علم فواتها بالموت فلذلك وقع ٭ فصل ثم يتفرع
على هذه المسئلة ان يقول لها كلما لم اطلقك فانت طالق فاذا مضى
عليها بعد هذا القول ثلاثة اوقات يمكنه في كل وقت منها
ان يقول لها فيه انت طالق فقد طلقت ثلاثا لان كلما موضوعة
للتكرار فاذا مضى الوقت الاول طلقت واحدة ثم اذا مضى الوقت الثاني
وهي مدخول بها طلقت ثانية ثم اذا مضى الوقت الثالث طلقت ثلاثا ولو كانت
غير مدخول بها لم تطلق الا واحدة لانها قد بانت بها وهكذا لو كانت مدخولا
بها فوضعت حملها بعد الوقت الاول وقبل دخول الوقت الثاني لم تطلق غير
الاولى لانها قد بانت بعدها بوضع الحمل ولم يقع عليها طلاق ولو كانت

مدخولا بها فخالعها في الوقت الاول طلقت بالخلع دون الحنث ولا يقع
عليها بدخول الوقت الثاني والثالث طلاق لان المختلعة لا يلحقها
طلاق ٭ فصل واذا قال لها ان لم اطلقك اليوم فانت طالق اليوم
فلم يطلقها في اليوم حتى مضى لم تطلق الا ان يقصد اليوم شرطا في وقوع الطلاق
فيه ولا يقع الطلاق بعد مضيه لامتناع صفته ٭ فصل ولو
قال وله اربع نسوة ايتكن لم يقع عليها طلاقي فصواحبها طوالق اليوم ثم طلق
واحدة منهن طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا لان طلاقه للواحدة يوقع على كل
واحدة منهن طلقة ويوقع الطلاق على صواحبها وهن ثلث فطلقت كل واحدة ثلاثا
مسئلة قال الشافعي ولو قال انت طالق اذا قدم فلان فقدم
به ميتا او مكرها لم تطلق وهذا صحيح اذا قال لها اذا قدم زيد فانت طالق
فالحال في قدوم زيد على اربعة اقسام احدها ان يقدم بنفسه مختارا للقدوم
عالما باليمين بالطلاق وان قصد قدم من مسافة بعيدة تقصر فيها الصلاة
او من مسافة قريبة لا تقصر فيها الصلاة لانه في الحالين سواء
كان صحيحا او مريضا لانه فعل القدوم بنفسه والقسم الثاني ان يقدم بزيد
ميتا او مكرها محمولا فلا طلاق عليه لانه جعل صفة الطلاق فعل زيد
للقدوم فاذا قدم بزيد ميتا او مكرها فهو مفعول به وليس بفاعل
فلم يوجد صفة الطلاق فلم يقع والقسم الثالث ان يقدم زيد بنفسه
مكرها غير مختار ففي وقوع الطلاق قولان احدهما يقع لوجود القدوم
منه واستوى فيه المكره والمختار والقول الثاني لا يقع لعدم
القصد فاشبه المحمول وهكذا حكم الاكراه على الاكل في الفطر على
هذين القولين والقسم الرابع ان يقدم زيد غير عالم باليمين
او علم بها فقدم ناسيا لها فهذا على ضربين احدهما ان يكون القصد
القصد باليمين منع زيد من القدوم اما لان زيدا سلطان لا يمتنع من القدوم

يمين هذا الحالف او تكون مجنونا او صغيرا لا قصد له فالطلاق ها هنا
واقع بقدومه لانه طلاق بصفة محضة لا يراعى فيها القصد وقد وجدت
فوقع بها الطلاق كما لو قال اذا طلع هذا الحمار او طار الغراب فانت
طالق فطلع الحمار وطار الغراب وقع الطلاق وان كان من غير ذي قصد
والضرب الثاني ان يقصد اعلام زوجته مع زيد من القدوم لانه يمين
عقد قوله فيشكل امره فهذه يمين محضة وفي وقوع الطلاق فيها بقدوم
زيد من غير قصد والاعلام قولان من حنث الناسي في قول البغداديين
وقال البصريون من اصحابنا يحنث قولا واحدا لان القصد انما يراعى
في فعل الحالف لا في فعل المحلوف عليه لان الحالف ابدا ان يكون
ذا قصد فجاز ان يراعى القصد في افعاله وقد يجوز ان يكون المحلوف عليه
غير ذي قصد فلم يراعى القصد في افعاله والله اعلم

مسألة قال الشافعي ولو قال اذا رأيت زيدا فامرأته
طالق فرأته حيا او ميتا حنث وهذا صحيح لانه اذا قال اذا
رأيت زيدا فانت طالق فقد علق طلاقها برؤيتها لزيد فاذا رأته
ميتا او رأته حيا او مكرها او محمولا وقع الطلاق لوجود
الرؤية منها فحصلت صفة الحنث ووقع بها الطلاق فلو كان زيد
في مقابلة مرآة فطلعت في المرآة فرأت صورة زيد فيها او اطلعت
في الماء وزيد في مقابلة الماء فرأت صورة زيد فيه لم تطلق
لانها لم تره وانما رأت مثاله فصار كرؤيتها له
في المنام فانه لا يقع بها طلاق ولو رأت زيدا
من وراء زجاج شفاف لا يمنع من مشاهدة ما وراءه فان
كان حائلا وقع الطلاق لحصول رؤيته في
المرآة لانها رأت هاهنا جسم زيد ورأت في
المرآة مثال زيد ولو كان الزجاج اغلظ مع وجود
الرؤية من ورائه مانعا لمشاهدة **مسألة** قال الشافعي

ولو حلف لا يأخذ ماله على فلان فاجبره السلطان فاخذ منه المال حنث وان قال لا اعطيتك
لم يحنث ولهذه المسألة مقدمة وهو من حلف على نفي فعل فوجد الفعل بغير قصد
ولا اختيار اما على وجه الاكراه واما على وجه النسيان فاليمين على ضربين احدهما ان
يكون معقودة على نفي فعل الحالف والثاني ان تكون معقودة على نفي فعل غير
الحالف فان كان على نفي فعل الحالف فصورتها في الطلاق ان يقول اذا دخلت
الدار فانت طالق فهل يكون لقصد الدخول معتبرا في حنثه ام لا على قولين وان
كانت على نفي فعل غيره فهو ان يقول ان دخل زيد الدار فانت طالق فقد اختلف
اصحابنا فيه فذهب البغداديون منهم الى ان قصد زيد الدخول هل يكون
معتبرا في الحنث على قولين كما يكون في فعل الحالف على قولين وذهب البصريون
الى ان القصد في فعل المحلوف عليه غير معتبر في الحنث قولا واحدا وان كان
اعتباره في فعل الحالف على قولين والفرق بينهما ما قدمناه من ان اليمين لا تكون
الا من ذي قصد فجاز ان يكون القصد في فعله معتبرا وقد تكون على غير ذي
قصد فلم يكن القصد في فعله معتبرا وظاهر كلام الشافعي هاهنا اشبه بما
قاله البصريون لانه قال ولو حلف لا يأخذ ماله على فلان فاجبره السلطان فاخذ منه
المال حنث ولو قال لا اعطيك لم يحنث فحنثه مع فقد القصد من المحلوف عليه
ولم يحنثه مع فقد القصد من الحالف ولو استوى الحكم ان فيهما لسوى
في الحنث بينهما **فصل** فاذا تقرر ما وصفنا فقد ذكر الشافعي
في الحنث فصلين احدهما ان يحلف بالطلاق في حق صاحب دين عليه ان لا
يأخذ ماله على فلان الا اليه فله فيه خمسة احوال احدها ان يأخذ
المال بنفسه مختارا للاخذ فالطلاق واقع سواء دفعه الحالف مختارا
او مكرها او لم يدفعه او اخذ المال بنفسه سرا او جهرا لان الحنث معلق بالاخذ
وقد وجد في هذه الاحوال كلها وهكذا لو اخذ المال من وكيله

او من متطوع عنه بالقضا حنث بوجود الاخذ الا ان يكون الحالف قال
لا اخذ حتى ما لك بيدك فاذا اخذه من غيره لم يحنث والحال الثانيه ان
ياخذه وكيله فلا حنث على الحالف لان المحلوف عليه لم ياخذ المال وانما
اخذه وكيله فلم يوجد صفة الحنث وسوا اخذه الوكيل بامره او بغير امره
والحال الثالثة ان ياخذ المال عوضا او حواله فلا حنث عليه ايضا لانه بدل
المال ولم ياخذ عين المال فلم يوجد صفة الحنث والحال الرابعه
ان ياخذ السلطان المال ويضعه في حجر صاحب الدين او في حجره
فلا يحنث ايضا الا ان يستانف المحلوف اخذ ذلك من حجره او حجره فيحنث
الحالف حينئذ بوجود الاخذ الان والحال الخامسه ان يخوفه السلطان
فاخذ المال مكرها فعلى ما ذكرنا من اختلاف اصحابنا فيها مذهب البغداديين
هل يكون حنث الحالف على قولين بشوبه من عدم القصد من المحلوف وبين
علامة من الحالف وعلى مذهب البصريين عليه من حنث الحالف قولا
واحدا لان القصد لا يراعا من غير الحالف وقد وجد فوجب ان يقع
الحنث **فصل** والفصل الثاني ان يحلف بالطلاق ان لا يعطيه
ماله عليه فلاخذ المال منه سبعة احوال احدها ان يدفعه اليه
بنفسه مختارا فيحنث سوا اخذ المال منه باختيار او بغير اختيار لان الحنث
معلق بالعطا دون الاخذ فقد وجد فوقع الحنث والحال الثانيه
ان يدفع المال الى وكيله فلا حنث سوا اخذه الوكيل بامره او بغير
امره لانه اعطا غيره ولم يعطه والحال الثالثه ان يتولى وكيله دفع
المال اليه فلا حنث سوا دفعه الوكيل بامره او بغير امره لان
المعطي غيره والحال الرابعه ان يعطيه اليه عرضا او حواله فلا
يحنث لانه اعطا بدل المال ولم يعطه المال والحال الخامسه ان ياخذه السلطان

من مال المجبر ابتعطه فلا حنث لدفع الوكيل والحال السادسه ان يخوفه
السلطان على دفعه فيعطيه اياه مكرها ففي حنثه قولان فصل **مسالة**
قال الشافعي ولو قال لها ان كلمتك فانت طالق فكلمته حيث يسمع حنث
وان لم يسمع لم يحنث وان كلمته ميتا او حيث لا يسمع لم يحنث وان كلمته
مدهشه لم يحنث وان كلمته سكرانا حنث وهذا صحيح اذا قال لها
ان كلمت زيدا فانت طالق فكلمته بعبارة حنث سوا قل الكلام او كثر اجابت زيد او دعته
او ابتدا لان الكلام قد وجد وان كلمته فلم يسمع نظر فان كان بحيث يجوز ان يسمع
لقربه فلم يسمع لشغله حنث لانه قد يقال كلمته فلانا فلم يسمع فصارت كلمته له
وان كان بحيث لا يجوز ان يسمع لبعده لانها لا يكون متكلمة له الا اذا كان الكلام
واصلا اليه والا فهي متكلمه ولست مكلمه ولو كلمته وهو اصم لا يسمع كلامها
فان كان بحيث لا يجوز ان يسمع لو كان سميعا لم يحنث وان كان بحيث يجوز
ان يسمعه لو كان سميعا ففي حنثه وجهان احدهما يحنث لو كلمته سميعا
فلم يسمع والوجه الثاني لا يحنث لانه يشبه غير مكلم ويدعو الله تعالى ولا يسمع
اللهم الدعا اذا اولوا مسدودين وان كلمته وهو صبي حنث وان كلمته وهو مجنون
او مغلوب عليه لم يحنث لان مثله لا يكلم وكذلك لو كلمته وهو ميت لان السامع
والميت الجماد وان الله تعالى يقول فانك لا تسمع الموتى فان قيل فقد وقف رسول
الله صلى الله عليه وسلم على قتلى بدر وهم في القليب فقال هل وجدتم ما وعد ربكم حقا
قيل يا رسول الله تكلم اقواما لا يسمعون فقال انهم لا يسمع منكم ولكنهم لا يردون
الجواب فصار الميت ممن يجوز ان يكلم فاقتضى ان يقع الحنث بكلامها اليه ميتا
قيل هذا هو الحجة على ان الميت لا يكلم لانهم انكروا الكلام لهم ولو كان الميت مكلما ما
انكروه وقد يجوز ان يكون الله تعالى رد ارواحهم اليهم حتى كلمهم معجزة خص بها
رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجا بعد ارواحهم ليسا له منكر ونكير ولو كلمته وهو
سكران او [illegible] لم يسمع لم يحنث لان مثله لا يكلم كالنائم والمحجوب **فصل**

ولو كاتبه لم يحنث لان الكتابة لا تكون كلاما وان قامت في الافهام مقام الكلام
وهكذا لو راسله لم يحنث لان الرسول هو المتكلم دونه وان كان مبلغا عنه
ولو اشارت اليه بالكلام اشارة يفهم بها مرادها فان كان ناطقا لم يحنث باشارتها
اليه قال الله تعالى آيتك الا تكلم الناس ثلاث ليال سويا فخرج على قومه
من المحراب فاوحى اليهم ان سبحوا بكرة وعشيا فلم يجعل الاشارة كلاما وان
قامت مقامه في الافهام وان كان زيد اصم لا يسمع الكلام الا بالاشارة
ففي حنثه باشارتها اليه وجهان احدهما الحنث لان الاشارة له كالكلام
والوجه الثاني لا يحنث لانه هكذا يكلم الاصم ولو كلمت رجلا اخر كلاما يسمعه زيد لم
يحنث لانها كلمت غيره ولو كلمت الحائط كلاما سمعه الا زيد ففي حنثه وجهان
احدهما الحنث لو كلمت غيره سمعه والوجه الثاني يحنث لان الحائط لا
يكلم فصار الكلام متوجها الى من يجوز ان يكلم ولو سلمت على جماعة فيهم زيد
فان لم تعزله بسلامها حنثت وان عزلته بنيتها ففي حنثه وجهان. فصل
ولو كلمت زيدا وهي نائمة لم تحنث لان كلام النائم هذيان وهكذا لو كلمته وهي مجنونة
لم تحنث عليها او مغمى عليها لم تحنث لانه لا يكون لذلك في العرف كلاما ولو كلمته وهي
سكرانة انعقد فان كان سكرا عن غير معصية لم تحنث اجماعا وان كان سكر معصية
حنث لان طلاق السكران واقع كطلاق الصاحي وان خرج قول اخر في طلاق السكران
انه لا يقع لم تحنث هاهنا ولو كلمته ناسية حنثت على مذهب البصريين وعند البغداديين
على قولين ولو كلمته مكرهة كان حنثه على مذهب البغداديين على قولين ومن البصريين
من اوقعه على تخريج القولين هنا ان ما لا يقصد من الكلام ليس بكلام يجري مجرى
هذيان النائم. فصل واذا قال الرجل لزوجته ان بدأتك بالكلام فانت طالق
وما بدأت الزوجة فقالت ان بدأتك بالكلام فعبدي حر انحل الحلف من الزوج لانه قد خرج بقولها
ان بدأتك بالكلام من ان يكون بادئا بالكلام فان بدأها الزوج بعد ذلك بكلام
انحل يمين الزوجة ولم يحنث الزوج لانها خرجت بان بدأها الزوج به من الكلام

قد طلبت

ان تكون بادئة له بالكلام وان بدأته بالكلام حنث وعتق عبدها. فصل
واذا قال لزوجته ان امرتك بامر فخالفتيني فانت طالق ثم قال لها لا تعصي اسما
فانت طالق فكان في طلاقها وجهان احدهما قد طلقت لانها لم تفعل ما امرها
والوجه الثاني لا تطلق لان الامر في العرف ما امكن اجابة المأمور اليه
وهكذا عن يمكن. فصل والعرف بين الطلاق بصفة وبين اليمين
بالطلاق والطلاق بالصفة ان يعلق طلاقها بشرط لا تقدر على دفعه
كقوله انت طالق اذا طلعت الشمس او اذا دخل راس الشهر او اذا قدم الحاج
او اذا جاء المطر او اذا نعب الغراب او اذا حضت او اذا ولدت
او ان شئت فهذا كله وما شاكله تعليق الطلاق بصفة فاذا قال ان
حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها اذا جاء راس الشهر فانت طالق
واذا قدم الحاج فانت طالق واذا جاء المطر فانت طالق لم يحنث ولم يلزمه
الطلاق لانه في هذه الاحوال مطلق بصفة وليس بحالف بالطلاق
واما اليمين بالطلاق فهو ما منع بها من فعل او حث بها على فعل او قصد
تصديق نفسه او غيره على شيء فالتي يمنع بها من فعل ان يقول ان دخلت
الدار فانت طالق والتي قصد بها التصديق على فعل ان يقول اذا لم اكن دخلت
الدار فانت طالق فهذا كله حلف بالطلاق فلو قال لها ان حلفت بطلاقك
فانت طالق ان دخلت الدار فانت طالق حنث وطلقت منه لانه قد حلف
بطلاقها فان كانت غير مدخول بها لم تطلق بدخول الدار لانها قد
بانت بالاولى وان كانت مدخولا بها طلقت ثانية بدخولها فلو قال ان
دخل زيد الدار فانت طالق وكان زيد ممن قد تطيعه وتسمع من الدخول
فقوله في يمين بالطلاق وان كان زيد سلطانا او ذا ابوة لا تطيعه ولا يسمع
من الدخول بقوله فهو طلاق بصفة وليس بيمين هذا مذهبنا وقال ابو حنيفة كل هذا
يمين الطلاق الا في ثلاثة اشياء احدها ان يقول لها انت طالق اذا حضت او انت طالق

اذا طهرت او انت طالق للسنة لان المقصود بقوله اذا حضت وطهرت ان
يوقعه للسنة والبدعة والمقصود بقوله ان شئت التمليك الذي يراعى فيه
الرد او القبول فاما اذا قال اذا جاء راس الشهر او اذا طلعت الشمس فانت طالق فانها
يمين بالطلاق لانه تعليق طلاق بصفة فاشبه قوله ان دخلت الدار وهذا
خطا لان اليمين ما قصد بها المنع من شي او الحث على شي او التصديق على
شي وما خرج عن هذا فليس بيمين كقوله اذا حضت او طهرت **فصل**
واذا تقرر ما وصفنا تفرع عليه ان يقول ان حلفت بالطلاق فانت طالق
ثم يعيده ثانية فيقول ان حلفت بطلاقك فانت طالق فانه حنث وتطلق منه واحدة
لانه قد صار باعادته الثانية حالفا بطلاقها فلو اعاده ثالثة فقال ان حلفت
فلو اعاده ثالثة فقال ان حلفت بطلاقك فانت طالق طلقت ثانية باليمين الثالثة
ان كانت مدخولا بها فلو اعاده رابعة فقال ان حلفت بطلاقك فانت طالق
طلقت ثالثة باليمين الثالثة ولا فرق في هذا الموضع بين قوله ان حلفت بطلاقك
فانت طالق وبين ان لا يقول لك لانه يوجب التكرار دون وقوع الطلاق ثلاثا
الا ان تكون غير مدخول بها فلا تطلق الا الاولى لانها قد بانت بها
فرع واذا كان له زوجتان مدخول بها وغير مدخول بها فقال لهما
ان حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم اعاده ثانية فقال ان حلفت بطلاقكما
فانتما طالقتان حنث وطلقت كل واحدة منهما واحدة الاولى بطلاق غير
المدخول بها بائن وطلاق المدخول بها رجعي فان اعاد ذلك ثالثة فقال ان
حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما اما غير المدخول بها
فلانها قد بانت واما المدخول بها فلانه لم يقع الطلاق عليها بما ذكره حالفا
بطلاقهما وهو غير حالف بطلاق غير المدخول بها لانه بعد سقوط لا يكون حالفا
بطلاقهما **فرع** واذا كان له زوجتان حفصة وعمرة فقال يا حفصة ان
حلفت بطلاق عمرة فانت طالق ثم قال يا عمرة ان حلفت بطلاق حفصة

فانت طالق طلقت حفصة لانه قد صار حالفا بطلاق عمرة ولم تطلق
عمرة لانه لم يصر حالفا بطلاق حفصة فان اعاد ذلك ثانية فقال يا حفصة
ان حلفت بطلاق عمرة فانت طالق ويا عمرة ان حلفت بطلاق حفصة فانت طالق
طلقت عمرة واحدة لانه قد صار حالفا بطلاق حفصة وطلقت حفصة ثانية
لانه قد صار حالفا بطلاق عمرة فان اعاد ذلك ثالثة فقال يا حفصة ان حلفت
بطلاق عمرة فانت طالق ويا عمرة ان حلفت بطلاق حفصة فانت طالق طلقت
حفصة ثالثة وطلقت عمرة ثانية فان اعاد ذلك رابعة لم تطلق واحدة منهما
وصار الطلاق الواقع على حفصة ثلاثا والطلاق الواقع على عمرة اثنتين وانما
كان كذلك لان حفصة بعد استكمال طلاقها لا يقع عليها طلاق ولا يكون حالفا
عليها بالطلاق فلم تطلق بها عمرة لاستكمالها الثلث ولم تطلق حفصة على عمرة لانه لم يصر
حالفا على حفصة بالطلاق **مسئلة** قال الشافعي ولو قال لمدخول
بها انت طالق انت طالق انت طالق وقعت الاولى وسئل عما نوى في اللتين بعدها
فان اراد تبيين الاولى فهي واحدة وما اراد وان قال لم ارد طلاقا فلم يدين الا
ودين في الاستثناء وصورتها ان يكرر لفظ الطلاق ثلاث مرات فيقول لها انت طالق
انت طالق انت طالق فمذهب ابي حنيفة انها تطلق ثلاثا وان رجع الى ارادته وجرى
ذلك مجرى قوله لها انت طالق ثلاثا غير انه فرق في احد الموضعين وجمع في
الاخر وعلى مذهب الشافعي ان التكرار يحتمل ان يراد به التاكيد ويحتمل
ان يراد به التكرار والاستئناف الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاثا فكان ذلك محمولا
على التاكيد دون الاستئناف وقال والله لاغزون قريشا ثلاثا فكان تكراره لذلك محمولا
على التاكيد دون الاستئناف لانه لم يغزها بعد هذه اليمين الا مرة واحدة
وهذا لسان العرب وعادتهم في خطابهم فيكون تكرار لفظ الطلاق محمولا عليه
ولانه لو كرر الاقرار لم ... ايضا عطف به احدهما الطلاق لانه لو قال له علي درهم

والسلام يعتبر دون ترتيب والله لا يعتبر الترتيب

لم يعط درهما بل درهم الا درهم واحد ويكون التكرار محمولا على التاكيد
فكذلك الطلاق ٭ مسئلة فاذا كتب احتمل هذا التكرار ان يراد
فكذلك الطلاق ٭ فصل فاذا ثبت احتمال هذا التكرار ان يراد
به التاكيد تارة والاستيناف اخرى وقعت الطلقة الاولى ورجع الى ارادته
في الثانية والثالثة وله فيهما اربعة احوال احدها ان يريد بها التاكيد
للاولى فلا تطلق الا واحدة فان اكذبته الزوجة في انه اراد التاكيد
وقالت بل اردت الاستيناف فالقول قوله مع يمينه والحال الثانية ان
يريد الاستيناف فتطلق ثلثا فان اكذبته الزوجة وقالت اردت التاكيد
لم يؤثر تكذيبها ولا يمين عليه والحال الثالثة ان يريد باحدهما التاكيد
وبالاخرى الاستيناف فقد طلقت ثنتين وكانت الاخرى تاكيدا للاخرى الطلقتين فحمل
والحال الرابعة ان لا يكون له ارادة فيهما ففيه قولان احدهما وهو قوله في الاملاء
على التاكيد ولا يلزمه الا الطلقة الاولى لامرين احدهما انه اذا احتمل الامر
صار وقوع الطلاق به شكا والطلاق لا يقع الا بيقين والثاني انه اذا رجع
فيه الى ارادته صار كناية والكناية لا يقع بها الطلاق مع فقد الارادة
والقول الثاني قاله في كتاب الام من الجديد يحمل على الاستيناف وتطلق ثلثا
لامرين احدهما ان اللفظ الثاني كالاول في صيغته فلما وقع الطلاق باللفظ الاول
وجب ان يقع بما كان مثله من الثاني والثالث والثاني ان حمله على الاستيناف
مفيد وعلى التاكيد غير مفيد فكان حمله على ما افاد اولى من حمله على ما لم
يفد فان قيل فهلا حملتم الاقرار اذا تكرر على الاستيناف وضاعفتم الحق
بتكراره كالطلاق قيل الفرق بينهما ان الاقرار اخبار عن ماض يحق مستقر
فلم يوجب تكراره تكرار الحق والطلاق انشاء تقع به الفرقة في
المستقبل فجاز اذا تكرر ان يتكرر حكمه ٭ مسئلة قال الشافعي
ولو قال لها انت طالق وطالق وطالق وقعت عليها الاولى والثانية
بالواو ولا يدينها استيناف كلام في الظاهر ودين في الثالثة فان

١١٥

116

اراد بها طلاقا فهو طلاق وان اراد بها تكريرا فليس بطلاق وكذلك انت طالق
ثم طالق ثم طالق وكذلك انت طالق بل طالق بل طالق وهذا اصح
اذا قال لها انت طالق وطالق وطالق وقعت الاولى والثانية ولم
يرجع الى ارادته فيهما لانه قد غاير بين الحرفين في الطلقة الاولى بحرف الاشارة
في قوله انت طالق والطلقة الثانية بواو العطف واذا غاير بين الحرفين
خرج عن حكم التاكيد الى الاستيناف لان التاكيد يكون بتشاكل الالفاظ
فان تغايرت صارت استينافا واذا كان كذلك وقعت الاولى والثانية
لتغايرهما وكانت الثالثة مشابهة للثانية لاشتراكهما في واو العطف
فدخلها الاحتمال فاقتضى ان يرجع فيها الى ارادته فان اراد بها التاكيد
كانت تاكيدا ولم تطلق الا اثنتين وان اراد بها الاستيناف طلقت ثلثا وان لم
تكن له ارادة فيها فعلى قولين احدهما يكون تاكيدا والثاني يكون استينافا على ما مضى
فلو قال اردت بالثانية والثالثة التاكيد دين في الثالثة ظاهرا
وباطنا فلم تقع ولم يقبل منه في الثانية في ظاهر الحكم ودين فيه في الباطن
وكان فيما بينه وبين الله مدينا فلزمه في الظاهر طلقتان وفي الباطن واحدة وعلى
هذا لو قال لها انت طالق ثم طالق ثم طالق وقعت الاولى والثانية
لانها مغايرة للاولى بحرف النسق والثالثة مثل الثانية فرجع الى
ارادته فيها فان اراد بها التاكيد لم تطلق الا اثنتين وان اراد بها الاستيناف
طلقت ثلثا وهكذا لو قال لها انت طالق بل طالق بل طالق وقعت الاولى
والثانية لتغايرهما بحرف الاستدراك الذي يقتضي الاضراب عن الاول والاستدراك
ما بعده والطلاق لا يرتفع بعد وقوعه ولكن الثالثة مشابهة للثانية
فلذلك لم يقع ورجع الى ارادته فيها فان لم تكن له ارادة فعلى قولين وهكذا
لو قال لها انت طالق وانت طالق وانت طالق طلقت الاولى والثانية لانه
قد ادخل على الثانية واو العطف ورجع الى ارادته في الثالثة لانها كالثانية و

فصل ولو قال لها انت طالق فطالق والذي نص عليه الشافعي هاهنا
انها تطلق طلقتين واحده بقوله انت طالق والثانيه بقوله فطالق وقال
في كتاب الاقرار لو قال له علي درهم فدرهم لم يلزمه الا درهم واحد واختلف
اصحابنا فقال ابو علي بن خيران ينقل جواب كل واحده من المسئلتين الى الاخرى
ويخرجهما على قولين احدهما يلزمه طلقتان ودرهمان على ما نص عليه
في الطلاق والقول الثاني يلزمه طلقه واحده ودرهم واحد على ما نص عليه
في الاقرار وذهب سائر اصحابنا الى حمل الجواب على ظاهره في الموضعين فيطلق
طلقتين ولا يلزمه في الاقرار الا درهم واحد والفرق بينهما ان الدراهم قد تتفاضل
فيكون درهم خيرا من درهم فاذا قال له علي درهم فدرهم احتمل ان يريد فدرهم
اخير منه فلهذا الاحتمال لا يلزمه الا درهم واحد والطلاق لا يتفاضل
لان كل واحد مثل الاخرى فلم يحتمل قوله طالق انها خير من الاولى
او دونها فوقعت الثانيه لانتفاء الاحتمال عنهما فعلى هذا لو قال انت
طالق وطالق وطالق وقعت الاولى والثانيه لتغاير اللفظ بينهما ورجع
الى ارادته في الثالثه لانها كالثانيه وان لم يكن له فيها اراده فعلى قولين
فصل ولو قال لها انت طالق وطالق ثم طالق طلقت ثلاثا ولم يرجع
الى ارادته فيها لانه قد غاير بين الالفاظ الثلثه فان قال اردت بالثالثه
تأكيد الثانيه لم يقبل منه في ظاهر الحكم ودين فيما بينه وبين الله تعالى
وهكذا لو قال لها انت طالق وطالق فطالق طلقت ثلاثا للمغايره بين الالفاظ
الثلثه وهكذا لو قال لها انت طالق بل طالق ثم طالق طلقت ثلاثا وجملته انه
متى غاير بين اللفظ لم يتداخل وان لم يتغاير فسبيل واما المغايره بين الفاظ
الطلاق مع اتفاق الحروف فوجهان بقوله لها انت طالق انت مفارقه انت مسرحه
ففيه وجهان احدهما انه يكون كمغايره الحروف فيطلق ثلاثا من غير سؤال لان
الحكم للفظ الطلاق واخص منه بحروف الطلاق والوجه الثاني انه

يتعلق حكم الحروف المتشاكله وان كانت الفاظ الطلاق متغايره لان الحروف
هي العامله في وقوع الحكم باللفظ فعلى هذا يرجع الى ما اراده بالثانيه
والثالثه على ما مضى **فصل** وقال الشافعي في الاملاء ولو قال لها
انت طالق وطالق لا بل طالق اثبات الثانيه طلقت طلقتين وجملة ذلك انه
متى قال ذلك مرسلا من غير نيه طلقت ثلاثا لانه قد غاير بين الالفاظ الثلثه
وان نوى بالثالثه ان يستدرك بها وقوع الثانيه لانه شك في ايقاعها
قال الشافعي طلقت اثنتين لانه يحتمل ما اراد هذا الذي قاله الشافعي
انما انه لا يقع في الباطن فيما بينه وبين الله تعالى وهي واقعه في الظاهر
فالامر على ما قاله وان اراد بها لا يقع لا ظاهرا ولا باطنا فهو معلول لان تغاير
الالفاظ يجعل لكل طلقه حكم نفسها فلا يقبل منه في ظاهر الحكم ما ادى الى رفعها
فصل قال ابو العباس بن سريج ولو قال لها انت طالق واحده لا بل
ثنتين طلقت ثلاثا لانه قد استدرك بالثنتين الاضراب عن الواحده فوقعت الثنتان
ولم يصح الاضراب عن الاولى وهذا عندي غير صحيح بل لا يلزمه الا طلقتان
لانه استدرك زياده على الاولى يبطل حكم الاضراب لدخوله في المستدرك
وجرى مجرى قوله له علي درهم لا بل درهمان لم يلزمه الا درهمان لا غير لدخول
الدرهم في الدرهمين فزال عنه حكم الاضراب **فصل** ولو قال لاحدى
زوجتيه انت طالق واحده لا بل هذه ثلاثا طلقت الاولى واحده وطلقت الثانيه
ثلاثا لانه استدرك بالثانيه الاضراب عن طلاق الاولى فطلقت الثانيه
ولم يقع طلاق الاولى ولكن لو قال لزوجه واحده انت طالق واحده لا بل ثلاثا
ان دخلت الدار قال ابو بكر ابن الحداد المصري فوقعت طلقه في
الحال واحده وطلقت بدخول الدار تمام الثلث لانها ... لانها
فجعل الشرط راجعا الى الثلث وحدها وجعل الاولى ناجزه تعجيل

شرط لا صح ابعة عنها باستدراك الثلث بالشرط وهذا قياس قول ابي
العباس في قوله انت طالق واحدة لا بل ثنتين انها تطلق ثلثا وهذا
الذي قاله ابن الحداد ليس بصحيح عندي ان دخول الواحدة في الثلث
واقتضى ان يكون الشرط راجعا الى الجميع ولا تطلق قبل دخول الدار شيئا
فاذا دخلتها طلقت ثلثا **فصل** واذا قال لها ان طلقتك واحدة
املك منها الرجعه فانت طالق قبلها ثلثا فطلقها واحدة فان كانت غير
مدخول بها طلقت واحدة ولم توجب وقوعها وقوع ثلث قبلها لانه شرط
في وقوع الثلث ثبوت الرجعة في الواحدة وغير المدخول بها لا رجعة
عليها فيها فلم يوجد شرط الثلث فيها فوقعت الواحدة ولم تقع الثلث وهذا
ما اتفق اصحابنا عليه فاما ان كانت مدخولا بها ملك بعد الواحدة رجعتها فقد
وجد شرط الثلث فيها فاختلف اصحابنا في وقوع الطلاق عليها على ثلثة اوجه احدها
وهو مذهب المزني انه لا يقع عليها الطلاق ولا الواحدة الناجزة ولا الثلثة
المعلقة بالصفة لان وقوع الناجزة يوجب وقوع ثلث قبلها بالصفة فوقوع
الثلث قبلها يمنع من وقوع الواحدة من بعد فيمنع كل واحد من الطلاقين
وقوع الاخر فسقطا معا والوجه الثاني وهو قول ابي العباس ابن سريج
ومن حكى عنه خلافه فقد وهم انه يقع عليها الطلقة الناجزة وحدها
ولا يلزم اشتراطها ووقوع الثلثة قبلها مانعا من وقوعها وهذا الصحيح
عندي وبه قال ابو حنيفة واكثر الجمهور لامرين احدهما ان الناجز اصل
هو اقوى والمعلق بالصفة فرع هو اضعف فلم يجز ان يكون اضعفهما
رافعا لاقواهما والثاني ان طلاق الصفة لا يقع الا بعد وقوع الناجز
والطلاق لا يرتفع بعد وقوعه والوجه الثالث وهو قول بعض المتاخرين
انها تطلق ثلثا الواحدة الناجزة وتمام من الثلث المعلقة
بالصفة ولا يكون امتناع وقوع الثلث لانها تقع الطلقة رابعة

مانعا من وقوع ما سواها اذا كان وقوعه ممكنا كمن قال لزوجته اذا
دخلت الدار فانت طالق اربعا طلقت بدخول الدار ثلثا ولم يمنع امتناع
وقوع الرابعة مانعا من وقوع الثلث كذلك ها هنا سلمنا ولهذا القول
وجه فاما اذا قال لها ان طلقتك ثلثا فانت طالق قبلها ثلثا فان طلقها
طلقة او طلقتين طلقت بما اوقعه عليها من اجل الطلاق من واحدة
او اثنين وان طلقها ثلثا فعلى مذهب المزني ومن تابعه لا تطلق شيئا لان
ناجز الطلاق والمعلق بصفة [illegible] لا يقع الطلاقين وعلى مذهب ابي
العباس ابن سريج وابي علي بن ابي هريرة يقع الثلث الناجزة دون الثلث
[illegible] وانها فلو قال لها اذا طلقتك فانت طالق قبله ثلثا فعلى قول
المزني لا يقع عليها طلاق قط لان وقوعه يسبق وقوع ثلث قبله ووقوع ثلث
قبله يمنع من وقوع ما بعده وعلى قول ابي العباس ابن سريج وابي هريرة
يسقط حكم الثلث المعلقة بالصفة لان ثبوتها يؤدي الى [illegible] طلاق
ابدا وهذا مدفوع في الزوجات مع بقاء [illegible] ويقع عليها ما
استانفه من الطلاق والله اعلم **مسئلة** قال الشافعي ولو قال انت
طالق طلاقا حسنا او [illegible] واحدة لقوله طلاقا حسنا وهذا صحيح لان قوله
طلاقا مصدر مشتق من اسم الطلاق [illegible] زيادة في العدد
كما قال الله تعالى وكلم الله موسى تكليما ولان قوله طلاقا صفة لقوله انت طالق
تجري مجرى قوله طلاقا حسنا وهكذا ان قال انت طالق [illegible] لم يلزمه الا واحدة وهذا
كله ما لم تكن له نية في زيادة العدد فان اراد بقوله انت طالق طلاقا او انت طالق
تطليقتين لزمه ثنتان وان اراد به ثلثا لزمته ثلث لانه لو اراد العدد بقوله انت طالق
[illegible] او ثلثا لزمه ما اراد وكذلك اذا قال انت طالق طلاقا وهذا مما وافق
عليه ابو حنيفة وان خالف في انحصار [illegible] قوله انت طالق **فصل**
واذا قال لها انت طالق مريضة بالنصب كان المرض شرطا في وقوع الطلاق
فما لم تمرض لم تطلق واذا مرضت طلقت ما دامت مريضة طلقت لان نصبه على الحال
يخرجه مخرج الشرط ولو قال انت طالق مريضة بالرفع نظر فيه فان كان
ممن كان من اهل العربية [illegible] يعرف العربية ولا يفرق بين المرفوع والنصب

فقد اختلف اصحابنا فيه على وجهين احدهما يكون فيه حكم ما يلزمه كاهل
العربيه لان الحكم يتعلق باللفظ سوا عرف حكمه او جهله مثل صريح الطلاق
وكنايته والوجه الثاني انه يستوي فيه حكم الرفع والنصب في وقوع
الطلاق لان الاعراب دليل على المقاصد والاغراض فاذا جهلت عدمت

فصل ولو قال انت طالق وطالق ان دخلت الدار طالقا فقد جعل
الشرط في وقوع الطلاق عليها ان تدخل الدار وهي مطلقه لم تطلق
كما لو قال ان دخلت الدار ان دخلت الدار راكبه وانت طالق فدخلت
الدار غير راكبه لم تطلق ولو طلقها فان كان الطلاق بائنا بان يكون غير
مدخول بها او يكون بخلعه لم تطلق بدخول الدار لان البائن لا يلحقها
طلاق وان كان الطلاق رجعيا طلقت بدخول الدار طلقتين لقوله طالق وطالق
منصوبا طالقا للثانيه

فصل ولو قال انت طالق ان دخلت الدار بالكسر
كان دخول الدار شرطا فلا تطلق حتى تدخلها ولو قال انت طالق ان دخلت الدار
بالفتح طلقت في الحال سوا دخلت الدار او لم تدخلها لانها اذا فتحت بمعنى الجزا
وتقديره انك طالق لانك دخلت الدار هذا فيمن كان من اهل العربيه
فاما من لا يعرف العربيه ففيما ذكرناه وجهين احدهما ان يكون كاهل
العربيه والثاني يكون شرطا في الحالين

فصل ولو قال انت
طالق اذا دخلت الدار كان دخول الدار شرطا لا تطلق حتى تدخل الدار
ولو قال انت طالق اذ دخلت الدار لم يكن دخول الدار شرطا وطلقت
في الحال لان اذا اسم لمستقبل فكان شرطا واذ اسم لماض فكان خبرا

فصل واذا كرر حرف الشرط وسماه اهل العلم اعتراض
الشرط على الشرط وهو ان يقول لها انت طالق اذا ركبت ان لبست فلا يقع
الطلاق عليها الا باللبس والركوب فان ركبت ولبست على ما قاله
في لفظه فان بدات بالركوب ثم عقبته باللبس لم تطلق

وان خالفت ترتيب اللفظ فبدات باللبس وعقبته بالركوب طلقت لان
قوله اذا ركبت ان لبست فقد جعل اللبس شرطا في الركوب فوجب
ان يتقدم عليه لان الشرط يتقدم على المشروط وهكذا لو قال انت طالق
اذا قمت اذا قعدت لم تطلق حتى يتقدم القعود على القيام لانه جعل القعود
شرطا في القيام وان كان حرف الشرط فيهما واحدا وهكذا لو قال انت
طالق اذا دخلت الدار ان كلمت زيدا ان ضربت عمرا لم تطلق حتى يفعل الثلاثه
بعكس لفظه فيتقدم ضرب عمرو ثم كلام زيد ثم دخول الدار لان كل واحد
منهما شرط فيما تقدمه فوجب ان يتقدمه

فصل في لو واذا
قال لها انت طالق لو دخلت الدار كان شرطا لا يقع الطلاق عليها الا بدخول الدار
ويجري مجرى ان التي تكون شرطا ولو قال انت طالق لو دخلت الدار لو خرجت منها
فلا طلاق عليه حتى تدخل الدار ولا تخرج منها فان دخلت الدار وخرجت
منها لم تطلق

فصل في لولا واذا قال لها انت طالق لولا ابوك
فلا طلاق عليه قاله المزني في مسائله المنثوره لان تقديره لولا ابوك لطلقتك
وهكذا انت طالق لولا حسنك فلا طلاق عليه لان معناه لولا حسنك لطلقتك

فصل واذا قال لها انت طالق او لا لم تطلق لان او للتخيير ولو قال انت
طالق بل لا طلقت لان بل للاضراب ولو قال انت طالق ام لا لم تطلق لان ام استفهام

فصل واذا قيل لرجل زوجتك هذه طالق فقال نعم
كان هذا ابتدا ايقاع منه للطلاق ويجري مجرى قوله انت طالق ويلزمه
الطلاق ولا يحتاج فيه الى النيه لانه اجاب بالصريح فجرى على جوابه حكم
الصريح ولو قيل له طلقت امراتك هذه فقال نعم كان هذا اقرار
بالطلاق يلزمه الطلاق باقراره في الظاهر ويدين في الباطن ان
كان كاذبا فلا يلزمه ولو قيل له انطلق امراتك هذه فقال نعم كان هذا

موعد ابا الطلاق لا يلزمه الطلاق الا ان ينشأ بعد ما بلغه من بعد ولو قيل له الك
زوجة فقال نعم لان هذا اخبار لا يقع به الطلاق الا ان ينوي به نص
كتابة فيه وهذا اصح ما قيل في هذا الفصل وان خلط اصحابنا فيه وخبطوا
عشواء **فصل** واذا قال الاعجمي لامرأته انت طالق ولا يخلو حاله من ثلثة اقسام احدها
ان يعرف معناه فيلزمه الطلاق سواء اراده او لم يرده كالعربي والحال الثانية ان
لا يعرف معناه ولا يريد موجبه عند اهل العربية فلا طلاق عليه ويصير ذلك
من كلامه لغوا والحال الثالثة ان لا يعرف معناه لكنه يريد موجبه عند
اهل العربية والذي ذكره ابو حامد الاسفراييني وحكاه عن اصحابنا انه لا يلزمه
الطلاق حتى يعرف معنى اللفظ [illegible] موجب الطلاق وعندي ان الطلاق لازم له لانه
قد اراد موجب اللفظ وان لم يعرف معناه الا ان الطلاق يقع بمجرد اللفظ اذا
كان المتكلم من اهل الارادة وان لم يكن له فيه ارادة لانه وان لم يعرف معناه
فقد كان يقدر على ان يعرف معناه ولا يسأل واستعمال الطلاق تسوية بينها
بين ان يريد موجبه ام لا يريد وهما لا يستويان فهذا العربي اذا اطلق صريح
الاعجمية وهو لا يعرف معناها كان على هذه الاقسام الثلثة ولو ان زوجة
الاعجمي ادعت عليه انه يعرف معنى الطلاق بالعربية كان القول فيه قول الزوج
مع يمينه وكذلك زوجة العربي لو ادعت عليه انه يعرف الطلاق بالعجمية
كان القول قوله مع يمينه **مسئلة** قال الشافعي وكل مكره او مغلوب
على عقله فلا يلحقه الطلاق اما المغلوب على عقله لجنون او مرض فلا
يقع طلاقه ولا تصح عقوده واما المكره على الطلاق اذا تلفظ به مكرها غير
مختار لم يقع طلاقه ولا عتقه ولم تصح عقوده وسواء كان ذلك مما لا يلحقه
الفسخ كالطلاق والعتق او كان مما يلحقه الفسخ كالطلاق والعتق او كان مما يلحقه
الفسخ كالنكاح والبيع وبه قال مالك واكثر الفقهاء وقال ابو حنيفة ان كان مما
يلحقه الفسخ كالنكاح والبيع لم يصح من المكره وان كان مما لا يلحقه الفسخ كالطلاق
والعتق صح من المكره كما يصح من المختار استدلالا بقوله

الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولم يفرق
بين مكره ومختار فكان على عمومه وبرواية علي ابن ابي طالب عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي فدخل طلاق
المكره في عموم الجواز وبرواية ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه انه قال ثلث
جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والمكره لا يخلو ان
يكون جادا او هازلا فوجب ان يقع طلاقه وبما روي ان صفوان بن عمران
كان نائما مع امرأته في الفراش فجلست على صدره ووضعت السكين على حلقه وقالت
ان طلقتني ثلثا والا ذبحتك فناشدها الله فابت فطلقها ثم اتى رسول الله صلى
الله عليه وسلم فذكر له ذلك الفعال فقال له في الطلاق اي لا رجوع فيه يدل
على وقوعه مع الاكراه ومن القياس انه طلاق من مكلف مالك فوجب ان يكون
واقعا كالمختار قالوا ولان كل ما لم يمنع من وقوع الطلاق على الارادة لم يمنع
من وقوعه مع فقد الارادة كالهزل ولان ما اوجب حكما لم يمنع مع الاختيار
اوجب حكمه مع الاكراه كالرضاع ودليلنا ما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال
رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فاقتضى ان يكون طلاق المكره مرفوعا
فان قيل فالاستكراه لم يرتفع لانه قد يوجد فيكون المراد به حكم الاستكراه
لا الاستكراه كما ان المراد به حكم الخطأ لا وجود الخطأ على انه قد روي رفع
عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فبان به ما ذكرنا وان قيل يحمل
على رفع الاثم قيل حمله على رفع الحكم اولى لانه اعم لان ما رفع الحكم فقد رفع الاثم
وروت عائشة ان النبي صلى الله عليه قال لا طلاق في اغلاق قال ابو عبيد
الاغلاق الاكراه يعني انه كالمغلق عليه اختياره وان قيل المراد به الجنون
لانه مغلق الارادة فعنه جوابان احدهما ان اهل اللغة اقوم بمعانيها
من غيرهم فكان تحمله على ما فسروه اولى والثاني انه يحمل على الامرين

ويكون اجماعا ولانه اجماع الصحابة فانه حكي منهم ولم يظهر مخالف لهم منهم عمر
روي عنه ابن المنذر ان رجلا تدلى بحبل ليشتار عسلا فادركته
امرأته فحلفت لتقطعن الحبل او ليطلقنها ثلاثا فخرج الى عمر بن الخطاب فذكر له
الذي كان من امرأته اليه والذي كان منه اليها فقال له ارجع الى امرأتك
فان هذا ليس بطلاق ومنهم علي بن ابي طالب كان لا يرى طلاق المكره شيئا
ومنهم عبد الله بن عباس قال ليس على المكره والمضطهد طلاق ومنهم
عبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير كانا يريان مثل ذلك ومن القياس
انه لفظ حمل عليه بغير حق فوجب ان لا يثبت به حكم كالاكراه على
الاقرار بالطلاق فان قيل لا يصح اعتبار الايقاع بالاقرار لان الاكراه
على الرضاع يتعلق به التحريم والاكراه على الاقرار بالرضاع لا يصح
لان الاقرار خبر يدخله الصدق والكذب وليس كذلك الايقاع الذي
لا يدخله صدق ولا كذب فعن ذلك جوابان احدهما ان الاكراه لم يقع لاحتمال
دخول الصدق والكذب فيه لان هذا المعنى من احتمال الصدق
موجود في اقرار المختار وطلاقه واقع وانما المعنى فيه الاكراه وهذا موجود
في الايقاع والثاني هو ان الرضاع فعل لا يراعى فيه القصد فاستوى
فيه حكم المكره والمختار والاقرار قول يراعى فيه القصد فافترق فيه
حكم المكره والمختار الا ترى ان المجنونة لو ارضعت ثبت به حكم التحريم
ولو اقرت به لم يثبت والمجنون لو اولد امته صارت ام ولد ولو اعتقها لم تعتق
فافترق به حكم الاكراه على الارضاع وحكم الاقرار بالرضاع لان احدهما
فعل والاخر قول واستوى به حكم الاكراه على ايقاع الطلاق
وعلى الاقرار لان كليهما قول واما الاكراه على فعل الاسلام فانما يصح
ممن كان حربيا يقاتل على الاسلام لانه اكراه بحق عليه
واجب فقد ورد الشرع به ولا يصح اكراه الذمي الا ان يلتحق لان الشرع
قد اقره عليه فان كان مكرها عليه لم يصح ولا الاكراه على الاقرار

بالاسلام انما هو اكراه على الشهادتين فتلك الاقرار من فعل الصلاة
واداء الزكاة وهذا ظلم فاستوى حكم الاكراه على الاقرار بالاسلام
والاكراه على فعل الاسلام في حق الذمي لكونهما ظلما فلم يصحا وافترق
حكم الاكراه على الاقرار بالاسلام والاكراه بالاسلام في حق الحربي لان
الاقرار ظلم فلم يصح وفعل الاسلام حق فلم يصح وان وجب ما ذكرناه
ان يستوي في الطلاق حكم الاقرار والايقاع لان كل واحد منهما
ظلم فوجب ان لا يقع قياس ثان وهو ان الاكراه معنى يزيل حكم الاقرار
بالطلاق فوجب ان يزيل حكم ايقاع الطلاق كالجنون والنوم والصغر
وقياس ثالث انه لفظ يتعلق به الطلاق من الزوجين فوجب ان لا
يصح اذا حمل عليه بغير حق اصله الاكراه على كلمة الكفر قياس رابع
انه قول في احد شطري النكاح فوجب ان لا يصح مع الاكراه كالنكاح
وقياس خامس ان كل تصرف لم يملك بلفظ المكره لم يصح بقول المكره
كالاثمان في البيع والشرى واما الجواب عن الاية فهو انه قال فان
طلقها والمكره عندنا غير مطلق ولو صح دخوله في عمومها لكان مخصوصا
بما ذكرنا واما الجواب عن قول النبي صلى الله عليه وسلم كل الطلاق
جائز الا طلاق المعتوه والصبي من وجهين احدهما انه محمول على حال الاختيار
والثاني ان في استثناء المعتوه والصبي لفقد القصد منهما تنبيه
على الحاق المكره بهما واما الجواب عن قوله ثلاث جدهن جد وهزلهن
جد فهو انا نقول بموجبه ونجعل الجد والهزل في وقوع الطلاق
سواء والمكره ليس بجاد ولا هازل فخرج عنهما كالمجنون لان الجاد
قاصد اللفظ مريد للفرقة والهازل قاصد للفظ غير مريد للفرقة
والمكره غير قاصد للفظ ولا مريد للفرقة واما الجواب

عن قوله لا اقاله في الطلاق من وجهين احدهما ان الرجل اقر بالطلاق
وادعى الاكراه فالزمه اقراره ولم يقبل دعواه والثاني انه يجوز
ان يكون راى من جلده وضعف زوجته ما لا يكون بها مكرها فالزمه
الطلاق واما قياسهم على المختار فالمعنى فيه صحة اقراره والمكره لا يصح اقراره
فلم يصح ايقاعه وان شئت قلت لقياس عليهم فعلت فوجب ان يكون ايقاعه
بمنزلة اقراره كالمختار واما قولهم ان كل ما لم يمنع من وقوع الطلاق
مع الارادة لم يمنع وقوعه مع عدم الارادة كالهزل فهو انه ليس المعتبر
في وقوع الطلاق وجود الارادة وانما المعتبر فيه ان يكون من
اهل الارادة ثم المعنى في الهازل صحة اقراره واما الجواب عن
قياسهم على الرضاع فهو منتقض بالمكره على كلمة الكفر ثم المعنى في الرضاع
انه فعل والطلاق قول وقد ذكرنا من فرق ما بين الفعل
والقول بحال المجنون انه اذا رضع والمجنون اذا طلق ما كفى

فصل واذا تقرر ان طلاق المكره لا يقع فجميع ما وقع الاكراه
عليه ينقسم ثلثة اقسام احدها ما لا يصح مع الاكراه ولا يتعلق
به حكم الاختيار والثالث ما اختلف قول الشافعي فيه واما القسم
الاول وهو ما لا يصح مع الاكراه ولا يتعلق به حكم فهو الاكراه على الكفر
وعلى سب الرسول صلى الله عليه وسلم وعلى عقد الايمان بالله تعالى
او بالطلاق او العتق وعلى سائر العقود من المناكح والبيوع والاجارات
والوكالات وعلى الطلاق والعتق والوقف والظهار والقذف
والوصية فهذا كله لا حكم له اذا اكره على فعله وكذلك الصائم اذا اوجر
الطعام في حلقه فهو على صومه واما القسم الثاني الذي يصح مع الاكراه
ويستوي فيه حكم المكره والمختار فهو اسلام اهل الحرب والرضاع

والحدث وطرح النجاسة على المصلي على خفه اذا كان ماسحا الى ما
جرى هذا المجرى فيكون وجود ذلك من المكره والمختار سوا
واما ما اختلف فيه قول الشافعي فالمكره على القتل في وجوب القود
عليه قولان واكراه الرجل على الزنا في وجوب الحد عليه قولان
واكراه الصائم على الاكل في فطره به قولان واكراه المصلي على الكلام في الصلاة
في بطلانها قولان وتوجيه القولين في هذه المسائل نذكره في مواضعها

فصل واذ قد وضح ان طلاق المكره لا يقع فالكلام فيه يشتمل على ثلثة
فصول احدها في صفة المكره والثاني في صفة الاكراه والثالث في صفة
المكره فاما المكره فهو من اجتمعت فيه ثلثة شروط احدها ان يكون قاهرا والقاهر
على ضربين احدهما ان يكون عام القدرة كالسلطان والمتغلب والثاني ان
يكون خاص القدرة كاللص والسيد مع عبده وكلاهما مكره وكلاهما
في الحكم سوا اذا كان يقدر المكره بما يوقعه على المكره والشرط الثاني ان يغلب
في النفس بالامارات الظاهرة انه سيفعل عند الامتناع من الاجابة ما توعده
به وتهدده فاما ان لم يغلب على النفس وجاز ان يفعل وان لا يفعل فليس بمكره
والشرط الثالث ان يكون مكرها ظالما فاما ان اكره بحق كحاكم الزم المولي على الطلاق في قول
من يرى ان يكره عليه فلا يجري عليه حكم المكره وما اكره عليه من الطلاق واقع وهكذا لو
اكره على عتق عبد بعينه اذا امتنع من عتقه بان نذره عليه عتق عتقه لان المأخوذ به حق واجب
وهو باستيفائه منه طوعا ظالم اثم فاذا تكاملت هذه الشروط الثلثة في المكره صار
مكرها

فصل واما الاكراه فيكون بما يطال الضرر والاذى على المكره وذلك من احد
سبعة اوجه احدها القتل وهو اعظم ما يتطلبه الضرر على النفس فاذا هدده
في نفسه كان اكراها وان هدده في عضو بالقطع لم يكن لمنه اسام احدها ان
يكون ممن يرى بعضه كالولد وان علوا والمولودين وان سفلوا يكون التهديد
بهم اكراها في التعصيب بمعنى التمازج في الاحكام والقسم الثاني

ان يكون من غير ذي رحم محرم اما اجنبيا او ذا نسب لا يكون به محرما كبني الاعمام
وبني الاخوال فلا يكون تهديده بقتلهم اكراها لان من جميع الناس مناسب
بعيد والقسم الثالث ان يكون ذا رحم محرم كالاخوة والاخوات وبنيهما
والاعمام والعمات دون بنيهما والاخوال والخالات دون بنيهما فهل
يكون التهديد بقتلهم اكراها ام لا على وجهين احدهما يكون اكراها كالبنوة
المحرم كالوالدين والوجه الثاني لا يكون اكراها لعدم العصبة كالابعد
وهذا حكم التهديد بالقتل والثاني الجرح اما بقطع طرف او انهار
دم فانه اكراه وهو اكراه لما فيه من دخال الم وانه ربما سرى الى النفس والثالث
الضرب فيكون اكراها لاجله وضرره ان لا يكون له قوم من اهل الاستطاله
والصعلكه الذين يتباهون في احتمال الضرب ويتفاخرون في الصبر عليه فلا
يكون اكراها في امثالهم والرابع الحبس والخلو المرء منه من ثلثة احوال احدها
ان يهدده بطول الحبس فيكون اكراها لدخول الضرر به والثاني ان يكون
قصير الزمان كاليوم ونحوه فلا يكون اكراها لقربه وقلة ضرره والثالث ان
لا يعلم طوله ولا قصره فيكون اكراها لان الظاهر من المحبوس على سبيله انه لا يطلق
الا بعد فعله وحكم القيد اذا اهدده به كحكم الحبس لانه احد المانعين
من التصرف والخامس اخذ المال فلا يخلو من ثلثة اقسام احدها ان يكون كثيرا
يؤثر اخذه في حاله فيكون اكراها والثاني ان يكون قليلا لا يؤثر في
حاله فلا يكون اكراها والثالث ان يكون كثيرا الا انه لا يؤثر في حاله
لسعة ماله ففي كونه مكرها باخذه وجهان احدهما يكون مكرها بقدر المال
المخوف به والوجه الثاني لا يكون اكراها اعتبارا بالحالة التي لا يؤثر
المأخوذ فيها والسادس النفي عن بلده فينظر حاله فان كان ذا ولد واهل
ومال لا ينفذ معه الا باهله وماله كان اكراها وان قدر على نقلهما
ومكن منها ففي كونه اكراها وجهان احدهما لا يكون اكراها لتساوي البلاد

النفي عقوبة كالحد ولان في تغربه عن وطنه مشقة تلحقه به والسابع
السب والاستخفاف فهو على ضربين احدهما ان يكون من عامة الناس
وسفلتهم الذين لا يتاثرون بذلك في انفسهم ولا يغض من جاههم فلا يكون ذلك اكراها
في امثالهم والثاني ان يكون من اهل الصيانات وذوي المروات ففيه وجهان
احدهما يكون ذلك اكراها في امثالهم لما يلحقهم من وهن الجاه والم القلب
والوجه الثاني لا يكون اكراها لان الناس قد يغلوا بهم مظلومون به والاصح
عندي من اطلاق هذين الوجهين ان ينظر حال الانسان فان كان من زاهد
الدنيا وطالبي سنا الدنيا كان ذلك اكراها في مثله لانه ينقص بذلك من جاهه
ونظرائه وان كان من اهل الاخرة وذوي الزهادة في الدنيا لم يكن ذلك اكراها
في مثله لانه لا ينقص ذلك من جاهه بين نظرائه بل ربما كان اعلا لذكره مع
حزه ثوابه هذا ما الكلام اني استحب التبسط فيما كان يبتني به من سقوط من
المكره فاما اذا رد القطبا حلي بين الناس فهذا حكم الاكراه فصل
واما المكره فيعتبر فيه ثلثة شروط وهو الذي لا يقدر على دفع الاكراه عن
نفسه الا ما هرب لم يكن مكرها وان علم انه ان خوف المكره بالله تعالى لم يخف
لعتوه وبغيه وان لم يعلم انه ان خوفه بالله تعالى خاف وكف عنه لم يكن مكرها وان لا يكون
له ناصر يمنع منه وان استشفع بمن يغيثه عنه فان وجد ناصرا او شفيعا فليس بمكره
وان عدم الخلاص من احد هذه الوجوه الثلثة تحقق اكراهه وان تلفظ
حينئذ بالطلاق فلم يخل حاله من ثلثة اقسام احدها ان يتكلم بالطلاق
غير قاصد للفظ الطلاق ولا مريد لايقاعه فهو الذي لا يقع طلاقه
لوجود الاكراه على اللفظ وعدم الارادة في الوقوع والقسم الثاني ان
يقصد لفظ الطلاق ويريد ايقاعه فطلاقه هذا واقع لارتفاع حكم
الاكراه بقصده وارادته والقسم الثالث ان يقصد لفظ الطلاق ولا يريد
ارتفاعه

ولا يريد ايقاعه ففي وقوع الطلاق منه وجهان احدهما لا يقع طلاقه
لفقد الارادة في الوقوع والوجه الثاني يقع طلاقه لقصده اللفظ بالطلاق
ومقارنته كالمختار بالطلاق وان لم يرد به وقوع الطلاق ووقع والله اعلم

مسألة قال الشافعي السكران من خمر او نبيذ فان المعصية
بشرب الخمر لا تسقط عنه فرضا ولا طلاقا والمغلوب على عقله من غير معصية
مثاب فكيف يقاس عليه من عليه العقاب على من له الثواب وهذه المسألة تشتمل
على فصلين احدهما طلاق المغلوب على عقله والثاني طلاق السكران واما
المغلوب على عقله بجنون او عته او اغمي عليه او اغشي او نوم فاذا تلفظ
بالطلاق في حاله هذه التي غلب فيها على عقله فلا طلاق عليه لقول النبي صلى
الله عليه رفع القلم عن ثلثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن
النائم حتى ينتبه ولانه بزوال العقل اسوا حالا من المكره العاقل فكان ما
دل على ارتفاع طلاق المكره فهو على ارتفاع طلاق هذا اولى فلو
افاق المغلوب على عقله فادعى بعد ان تلفظ بالطلاق لم يلزمه بعد الافاقة
طلاق فلو اختلفا فقالت الزوجة قد طلقتني وانت عاقل واما
تجاننت او تعاسست او تغاميت او تناومت وقال الزوج بل كنت مغلوب
العقل بالجنون والاغماء والنوم فالقول قول الزوج مع يمينه ولا طلاق
عليه لامرين احدهما اعتبارا بالظاهر من حاله والثاني انه اعرف بحالة نفسه
من غيره ولو اختلفا فقال الزوج طلقتك في حال الجنون وقالت الزوجة
بل طلقتني بعد الافاقة ففيه وجهان احدهما ان القول قول الزوج مع يمينه
ولا طلاق عليه لان الاصل بقاء النكاح وان لا طلاق عليه والثاني القول
قولها مع يمينها والطلاق له لازم لان الاصل الافاقة والتزام احكام
الطلاق الا على صفة مخصوصة ولكن لو ادعى انه طلقها وهو مجنون
والمجنون ان يكون قد جن فقط والقول قولها مع يمينها والطلاق له لازم لانه

على اصل الصحة حتى يعلم غيرها **فصل** واما السكران فعلى ضربين احدهما
ان يسكر بشرب مسكر مطرب والثاني ان يسكر بشرب دواء غير مطرب
فان سكر بشرب مسكر مطرب فعلى ضربين احدهما ان لا ياثم فيه الى معصية
اما لانه شربه وهو لا يعلم انه مسكر واما بان اكره عليه او اوجر الشراب في حلقه
فهذا في حكم المغلوب على عقله ولا طلاق عليه لارتفاع المأثم عنه والضرب
الثاني ان يكون عاصيا فيه لعلمه بانه مسكر وشربه له مختارا ففيه اختلف
الفقهاء الناس في وقوع طلاقه فذهب الشافعي وابو حنيفة ومالك واكثر
الفقهاء الى وقوع طلاقه وحكي عن عثمان بن عفان ومجاهد وربيعة والليث بن سعد وداود
ان طلاقه لا يقع وقال به من اصحابنا المزني وابو ثور ومن اصحاب ابي حنيفة الطحاوي
والكرخي وحكى المزني في جامعه الكبير عن الشافعي في القديم في ظهار السكران قولين
احدهما وهو المنصوص عليه في كتبه يقع والمشهور من مذهبه والثاني لا يقع
وحكم طلاقه وظهاره في الوقوع والسقوط واحد فاختلف اصحابنا في هذا
القول الذي تفرد المزني بنقله في ولم يساعده غيره من اصحاب القديم
والجديد على القديم هل يصح تخريجه قولا ثانيا للشافعي في القديم ان
طلاقه وظهاره لا يقع فذهب طائفة منهم الى صحة تخريجه وانه قول ثاني
للشافعي لان المزني ثقة فيما يرويه ضابط لما ينقله ويحكيه وذهب الاكثرون
منهم الى انه لا يصح هذا التخريج وان طلاق السكران على قول واحد انه
يقع لان المزني وان كان ثقة ضابطا فاصحاب القديم بمذهبه اعرف ويحور
ان ظفر به المزني ان يكون حكاه عن غيره واستدل من ذهب الى ان طلاقه
غير واقع بانه مفقود الارادة بعلم ظاهر فلم يقع طلاقه كالمكره ولانه زائل العقل فلم
يقع طلاقه كالمجنون ولانه غير مميز فلم يصح طلاقه كالصغير ولان النائم لو طلق
اصحهما ثبوت طلقه والثاني وقوع طلاقه ولما نوى بطلقه بقول الله عز وجل
يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون فدل على انهم

من وجهين احدهما تسميتهم بالمومنين وندا اوهم بالايمان ولا ينادى به الا من له
والثاني نهيهم في حال السكر ان يقربوا الصلاة ولا نهي الا لمكلف ولانه اجماع
الصحابه لان عمر شاورهم في حد الخمر وقال اري الناس قد تتابعوا في
شربه واستهانوا بالحده فما ترون فقال علي انه اذا شرب سكر واذا
سكر هذى واذا هذى افترى فأرى ان يحد حد المفترى ثمانين فحده
عمر وعثمان وعلي ثمانين فكان الدليل منه ان الزياده على الاربعين عليه لامر انه
في سكره ولو كان غير مكلف لما حد بما اتاه ولا كان مواخذا به وفي مواخذته به
دليل على تكليفه واذا ثبت انه مكلف وجب ان يقع طلاقه كالصاحي واما
الدليل على وقوع طلاقه في الاصل فما رواه الزهري عن سعيد بن المسيب
ورواه عبد الله بن الزبير ان النبي صلى الله عليه لما خطب خديجه من خويلد بن اسد علم
من ابيها خويلد وهو سكران فدخل بها فلما جا الاسلام قال رسول الله صلى الله
لا يزوج سكران ولا يطلق الا اجزته وهذا نص ولانه مواخذ بسكره فوجب
ان يكون مواخذا بما حدث عن سكره الا ترى ان من جنى جنايه تسرى لما كان مواخذا
بها كان مواخذا بسرايتها فان قيل فليس السكر من فعله وانما هو من فعل الله
تعالى فيه ولكنه صار منسوبا اليه ومواخذا به قيل لان سببه وهو الشرب
من فعله فصار ما يحدث عنه وان كان من فعل الله تعالى منسوبا الى فعله كما
ان سرايه الجنايه لما حدثت عن فعله نسبت اليه وكان مواخذا بها وان كانت من فعل
الله تعالى فيه ولان رفع الطلاق تخفيف ورخصة وايقاعه تغليظ وعقوبه
فاذا وقع من الصاحي وليس بعاص كان وقوعه من السكران مع العصيان اولى
وان السكران ليس يستدل على سكره بعلم ظاهر هو معيود ودينه انما يعرف من
جهته وهو فاسق مردود الخبر وما فيه انما تصنعا فلم يجز ان يعدل بالعين
عن الحكم الساقط في الظاهر ولا الخبر اعتمادا بالمكره والمجنون لظاهر بدن
لان من يتحرز منهما ان مع المكره والمجنون علم على فقد الاراده منهما فيه معدوما ان
طلاق السكران والثاني ان المكره والمجنون غير مواخذين بالاكراه والجنون

فلم يواخذ بما حدث منهما كما ان من قطع يد سارق فسرت الى نفسه
لا يواخذ بالسرايه لانه غير مواخذ بالقطع ولو كان متعديا بالقطع لكان مواخذا
بالسرايه كما كان مواخذا بالقطع وخالف الصبي لانه مكلف والصبي غير مكلف
فاذا صح ان طلاقه واقع فقد اختلف اصحابنا في علته وقوعه على ثلاثة اوجه
احدها وهو قول ابي العباس بن سريج ان العله في وقوع طلاقه انه متهم فيه
لفسقه ولانه لا يعلم سكره الا من جهته فعلى هذا الوجه يقع الطلاق وجميع الاحكام
المغلظه والمخففه في الظاهر دون الباطن ويكون فيما بينه وبين الله تعالى مبطلا
مدينا والوجه الثاني ان العله في وقوع طلاقه انما المعصيه تغليظا عليه
فعلى هذا يلزمه كما كان تغليظا من الطلاق والظهار والعتق والرده والحدود
والقصاص ولا يلزمه ما كان تخفيفا كالنكاح والرجعه وقبول الهبات والوصايا والو
الثالث وهو قول الجمهور ان العله في وقوع طلاقه اسقاط حكم سكره بمعصيته
وانه كالصاحي فعلى هذا يلزمه جميع ما كان تغليظا وتخفيفا ظاهرا وباطنا قال
ابو حامد المروروذي فسنا ذهب الى الوجه الثاني حتى وجدت نص الشافعي
انه يصح رجعته واسلامه من الرده فرجعت اليه هذا الوجه

فصل

واما السكران بشرب دوا غير مطرب كشرب البنج وما في معناه فهو على وجهين
احدهما ان يقصد به التداوي ولا يقصد به السكر فلا يقع طلاقه وهو في حكم المغمى
عليه لانه مباح لا يواخذ به والضرب الثاني ان يقصد به السكر دون التداوي
ففيه وجهان احدهما انه يكون في حكم السكر من الشراب في وقوع طلاقه ومواخذته به
واحكامه على ما ذكرناه ومواخذته بسكره ومعصيته بها وله كمعصيه شارب الشراب
والوجه الثاني وبه قال ابو حنيفه انه لا يقع طلاقه ولا يواخذ باحكامه
ويكون في حكم المغمى عليه وان كان عاصيا به لان الشراب مطرب يدعو
النفوس اليه فلم يغلظ حكمه زجرا عنه بوقوع الطلاق كما غلظ
بالحد وهذا غير مطرب والنفوس منه نافره ولذلك لم تغلظ بالحد فلم تغلظ بوقوع
الطلاق والله اعلم بالصواب

باب الحساب والاستثناء وغيره في الطلاق

قال الشافعي ولو قال انت طالق واحدة في اثنتين فان نوى مقرونة
باثنتين فهي ثلاث وان نوى الحساب فهي اثنتان وان لم ينو شيئا فهي واحدة
وهذا كما قال اذا قال لها انت طالق واحدة في اثنتين فقد قسم الشافعي
حاله فيه ثلاثة اقسام احدها ان يريد واحدة مع اثنتين فتطلق ثلاثا لان
في قد تقوم مقام مع لانهما من حروف الصفات التي تقوم بعضها مقام بعض
قال الله تعالى ونصرناه من القوم اي على القوم والقسم الثاني ان يريد الحساب
وهو مضروب واحدة في اثنتين فتطلق اثنتين لانهما مضروب الواحدة فيهما
والقسم الثاني ان يريد الحساب وهو مضروب واحدة في اثنتين فتطلق اثنتين
لانهما مضروب الواحدة فيهما والقسم الثالث ان لا يكون له ارادة فالذي نص
عليه الشافعي في جميع كتبه ... ههنا وفي جامعه الكبير انها تكون
واحدة لان قوله انت طالق واحدة ايقاع لها وقوله في اثنتين على مقتضى اللسان
ظرف للواحدة والظرف لا يقع المقصود في حكمه لو قال انت طالق في ثوبين
او في داري طلقت واحدة اذا لم يرد الا شيئا [illegible] كما لو اقر بثوب في سفط
كان اقرارا بالثوب دون المنديل وهذا اقوى [illegible] ايضا وقال ابو اسحاق
المروزي تطلق اثنتين اذا لم يكن له ارادة لانه ليس للطلاق محل فيجعل
الاثنين ظرفا واذا بطل ان يكون ظرفا صار محمولا على موجب الحساب
فكان اثنتين وهذا مع مخالفته للنص فاسد لانه وان لم يكن للطلاق محل
فالمطلق يجعل مجرى قوله في ثوبين وفي داري وهو يحتمل ذلك
فلم يطلق [illegible] هذا الاحتمال **فصل** فعلى هذا لو قال
انت طالق واحدة في ثلث فان اراد مع ثلث وان اراد الحساب
طلقت ثلثا وان لم يكن له ارادة طلقت [illegible] **مسألة**

قال الشافعي ولو قال انت طالق واحدة لا تقع عليك فهي واحدة وهذا
صحيح لانه قد اوقع واحدة واراد رفعها والطلاق بعد وقوعه لا يرتفع
وجرى ذلك مجرى قوله لعبده انت حر حرية لا تقع عليك فانه يعتق عليه
لان الحرية بعد العتق لا ترتفع وهكذا لو قال انت طالق لا طلقت ولم
يوثر قوله لا بعد تقدم الطلاق ولو قال انت لا طالق لم يقع الطلاق لانه
قدم حرف النفي ولو قال لها انت طالق اثنتين لا تقعان عليك طلقت اثنتين
وهكذا لو قال انت طالق ثلثا لا تقع عليك طلقت ثلثا ولكن لو قال انت طالق
واحدة فانه لا تقع عليك وقال [?] لا طلقت واحدة لان تعقيب كلامه بـ لا
فاما الثانية فلا تقع عليك وهكذا لو قال انت طالق اثنتين والثالثة
تقع عليك او قال الثالثة لا طلقت اثنتين ولو قال انت طالق اثنتين لا تقع واحدة
منهما عليك طلقت واحدة وصار استثناء كقوله انت طالق اثنتين الا واحدة
مسألة قال الشافعي ولو قال واحدة قبلها واحدة كانت تطليقتين
وهذا صحيح لا يختلف فيه اصحابنا انه اذا قال انت طالق واحدة
قبلها واحدة انها طالق طلقتين ولكن اختلفوا في الواحدة التي جعلها قبل التي اوقعها
هل تقع قبلها على موجب لفظه او تقع معها على وجهين احدهما وهو قول ابي علي
ابن ابي هريرة انها تقع مع التي اوقعها ولا تقع قبلها لانه لا يكون وقوع الطلاق سابقا
للفظ الطلاق والوجه الثاني وهو قول ابي اسحاق المروزي انها تقع قبل التي
اوقعها بلفظه فيجعل تاخر الطلاق بوجه التقدم فيه طلاق الصفة حتى لا يكون
وقوعه سابقا للفظه وهذا فاسد لان تاخر الطلاق يقع بنفس اللفظ ولا
بنفسه الا تراه لو قال لها انت طالق ومات مع اخر كلامه من غير فصل طلقت ولو
كان يقع بعده لم تطلق فعلى قول ابي اسحاق تقع الطلقتان عليها بعد
لفظه بزمانين ليقع كل واحدة من الطلقتين في كل واحد من الزمانين وعلى قول

ابي علي بن ابي هريرة يقع الطلقتان معًا المتقدم من غير زمان يعتبر بعده
فلو قال الزوج اردت بقولي قبلها واحدة في نكاح كان تقدمه وان صدقته
الزوجة عليه لم يطلق الا واحدة وان اكذبته فان كان له بينة على النكاح
المتقدم كان القول فيه قوله مع يمينه ولا تطلق الا واحدة وان لم يكن بينة
كان القول قولها مع يمينها لان الظاهر معها ولزمه في ظاهر الحكم طلقتان وكان مدينا
في الباطن فلا يلزمه الا واحدة **فصل** ولو قال انت طالق واحدة بعدها
واحدة طلقت طلقتين يكون واحدة بعد واحدة على موجب لفظه واختلف
فيه اصحابنا فلو كان بالخبرة [illegible] على [illegible] الصفة الا على قول ابي اسحق
تقع الاولى بعد قوله انت طالق واحدة وتقع الثانية بعد قوله بعدها
واحدة وعلى قول ابي علي تقع الاولى مع قوله انت طالق واحدة وتقع الثانية مع
قوله بعدها واحدة فلو قال الزوج اردت بقولي بعدها واحدة اي استانف
ايقاعها عليها من بعد بلفظ مستجد ولم ارد ايقاعها الا بهذا اللفظ فان
صدقته الزوجة فلا شيء عليه ظاهرا وباطنا ولم يلزمه في الحال الا طلقة
واحدة وكان موعدا بطلقة اخرى ان اوقعها وان لم يوقعها لم تطلق وان
اكذبته الزوجة لم يقبل منه في ظاهر الحكم ولزمته طلقتان وكان مدينا في الباطن
لا يلزمه الا واحدة **فصل** ولو قال انت طالق واحدة قبلها واحدة
وبعدها واحدة طلقت ثلاثا وهكذا لو قال انت طالق واحدة بعد
واحدة وبعد واحدة طلقت ثلاثا ولا فرق بين ان يقول قبلها واحدة
وبعدها واحدة وبين ان يقول بعد واحدة وبعد واحدة ولو قال
انت طالق واحدة مع واحدة طلقت طلقتين ولو قال انت طالق واحدة فوق
واحدة او قال انت طالق واحدة تحت واحدة طلقت طلقتين ولو قال
في الاقرار له عندي درهم فوق درهم او درهم تحت درهم لم يلزمه الا درهم
واحد والفرق بينهما ان الدراهم تتفاضل فجاز ان يشير بفوق الى الجودة
وبتحت الى الرداءة والطلاق لا تفاضل فيه فلم يصح ان يشار الى [illegible]
والله اعلم

مسألة قال الشافعي ولو قال لها راسك او شعرك او يدك او رجلك
او جزء من اجزائك طالق فهي طالق لا يقع على بعضها دون بعض وهو كما قال
اذا طلق بعض بدنها طلق جميعها سواء كان ما طلقه منها جزءا شائعا مقدرا
كقوله ربعك طالق او نصفك او غير مقدر كقوله جزء منك طالق او كان
عضوا معينا كقوله راسك طالق او يدك طالق او شعرك طالق او ظهرك
طالق وسواء كان العضو مما يعبر به عن الجملة والحياة تفقد بفقده كالراس
او كان مما لا يعبر به عن الجملة والحياة لا تفقد بفقده كاليد والشعر واختلف اصحابنا في
طلاق بعضها هل يقع عليه ثم يسري منه على وجهين احدهما انه يقع الطلاق
على ذلك البعض ثم يسري منه الى جميعها والوجه الثاني انه يجعل كانه اوقعه
على جميعها في حالة واحدة من غير سراية وقال ابو حنيفة ان طلق جزءا شائعا
منها طلقت مقدرا كان او غير مقدر وان طلق عضوا منها طلقت بخمسة اعضاء
وهي قوله راسك طالق او ظهرك طالق او وجهك طالق او رقبتك طالق
او فرجك طالق ولا تطلق بغيرها من قوله يدك طالق وشعرك طالق واختلف
اصحابه في علة وقوع الطلاق بهذه الاعضاء الخمسة دون غيرها فقال
بعضهم العلة فيها انها اعضاء لا حياة بقطعها والرجل حيا بقطعها وقال
اخرون منهم وهو قول الاكثرين ان العلة فيها انه قد يعبر بهذه الاعضاء
الخمسة عن جملتها ولا يعبر بغيرها منها اما الوجه فقوله تعالى ويبقى وجه
ربك واما الراس فلقولهم عندي كذا راس من الرقيق واما الظهر فلقولهم عندي
من الظهر كذا وكذا واما الرقبة فلقوله تعالى فك رقبة واما الفرج
فلقوله صلى الله عليه وسلم فلعن الله الفروج على السروج واستدل
على ان الطلاق لا يقع بطلاق ما سواها بانه [illegible] النكاح فيقع [illegible]
[illegible] الطلاق عليه لم ينطلق به كالدم والحمل [illegible] الطلاق
معتبر بالقول فلم يصح ايقاعه على عضو معين كالبيع والنكاح [illegible]
سبب للفرقة فلم يصح تعليقه بعضو معين كالبيع والنكاح

قال ولانه سبب فلم يصح تعليقه ببعض محل كالفسخ ودليلنا انه طلق
جزءا استباحه بعقد النكاح فوجب ان يقع به الطلاق اذا كان من
اهله كالجزء الشائع وان قيل المعنى في الجزء الشائع انه يجوز ان يقف
البيع فلو وقع به الطلاق قيل لا يصح اعتبار الطلاق بالبيع لان البيع
يقع فيما تناوله ولا يسري الى غيره فصح في الجزء الشائع لانه يسوغ بيعه ولم يصح
في الجزء المعين لانه غير مسوغ به وليس كذلك الطلاق لانه يسري
فوقع في الجزء المعين والشائع جميعا لسرايتها الى الجميع فان قيل الجزء الشائع
هو شائع في جميع البدن فجاز ان يسري والجزء المعين ليس بشائع في جميع البدن
فلم يجز ان يسري قيل اذا جاز ان يسري من ذلك العضو المعين الى جميع الاجزاء
جاز ان يسري من ذلك العضو المعين الى جميع الاعضاء فان قيل فالعضو تابع للجملة
ولا يجوز ان يسري حكم التابع الى المتبوع كما لا يسري عتق الحمل الى الحامل
لان الحمل تابع ويسري عتق الحامل الى الحمل لانه متبوع قيل العضو تابع للنفس
والدليل عليه دخلت ديات الاطراف في دية النفس وليس العضو تابعا للبدن لانه
لا يبطل به عضو في دية غيره ثم ينتقض بطلاق الروح والاعضاء الخمسة وقياس
ثان وهو انه اشار بالطلاق الى عضو متصل بها اتصال خلقة فوجب ان يكون
كالاشارة به الى جميع الجملة كالاعضاء الخمسة وقولنا اتصال الخلقة احتراز من الاذن
اذا الصقت بعد قطعها فانه اذا اوقع الطلاق عليها لم يطلق به وان قيل المعنى في الاعضاء
الخمسة انها قوام البدن وانه لا حياة بعد فقدها انتقض بالكبد والفؤاد لانهما قوام البدن
لا حياة بعدهما ولا يطلق عليه بطلاقهما وان قيل المعنى فيها انه يعبر بها عن الجملة
كان الجواب عنه من ثلاثة اوجه احدها انه يعبر بها على الجملة على طريق المجاز دون
الحقيقة وصريح الطلاق يتعلق بالحقيقة دون المجاز والثاني انه
يعبر بها عن الجملة اذا اطلقت من غير اضافة وهي ههنا مضافة
الى انه [illegible] طالق لم يعبر مع الاضافة الا عنها لا عن جملة
[illegible] الاضافة [illegible] المضاف من المضاف اليه

والثالث انه قد يعبر عن الجملة ببعض الاعضاء الخمسة اما اليد فقوله تعالى تبت
يدا ابي لهب واما الرقبة فلقولهم لفلان عند السلطان تسليم اي منزلة واما
الشعر فلقولهم حيا الله هذه اللحية اي الجملة وفيها ثالث وهو ان علما للاستثناء
من عقد النكاح بطل وجدا اذا وقع عليه الطلاق ان يقع كالفرج واما
الجواب عن قياسه على الحمل والدم فالمعنى فيهما انه لم يستمتعا بعقد النكاح
واما الجواب عن قياسه على البيع والنكاح فالمعنى فيهما انها لا يدخلهما السراية
واما الجواب عن قياسه على الفسخ فالمعنى في الفسخ انه لا يسري كسراية الطلاق
في المعقود عليه **فصل** فاذا تقرر ما وصفنا فقولنا ما كان متصلا
بها اتصال الخلقة من جميع الاطراف والشعر اذا اوقع عليها الطلاق وقع على
جميعها على ما قدمنا من جميع اعضائها دفعة جملة او سراية واما ما لم يتصل
اتصال خلقة كالحمل والاذن الملصقة بعد القطع فلا تطلق بطلاقه وكذلك الدم
والريق والعرق لان [illegible] وليس يتصل به كما لا يكون [illegible] الطعام والشراب
وكذلك ينفصل عن البدن كانفصال الطعام والشراب ولذلك لم تطلق بطلاقه
وقال ابن ابي ليلى تطلق بطلاق ذلك لكونه من جملتها وفي بدنها كسائر اعضائها
وهذا خطأ لما عللناه وانه يجري مجرى قوله ثيابك طالق وهكذا
لو اوقع على افعالها فقال اكلك طالق او قيامك طالق او قعودك طالق وهكذا لو
اوقعه على حواسه فقال بصرك طالق وسمعك طالق او ذوقك طالق او
لمسك طالق لم تطلق ايضا لانها اعراض الا ان يوقعه على جوارح هذه الحواس فيقول
عينك طالق او اذنك طالق وانفك طالق ولسانك طالق فتطلق وان قال عقلك طالق
لم تطلق ايضا واما ان قال بياضك طالق او سوادك طالق او لونك طالق ففي وقوعه
عليها وجهان احدهما انها تطلق لانه من ذاتها التي لا ينفصل عنها والوجه الثاني
انها لا تطلق لان الالوان اعراض تحل الذات وليست اجساما كالذات **فصل**

ولو قال لها انت طالق الا نصف طلقة طلقت مع زوجها لانها لا تتبعض في الطلاق
والاستثنا لا يسري والطلاق يسري ولو قال لها انت طالق لولا ان لطلقتك
كان هذا الاستثنا لغوا لانه رافع لجميع الاحكام ⁂ **فصل** ولو قال
وله زوجتان يا حفصة انت طالق وراس عمرة بالرفع طلقت حفصة وعمرة
لانه طلق جميع حفصة وطلق راس عمرة فتطلق جميعها ولو قال يا حفصة
انت طالق وراس عمرة بالجر بكسر لم تطلق عمرة لانه صار خارجا مخرج القسم
براس عمرة على طلاق حفصة ⁂ **مسئلة** قال الشافعي ولو قال انت
طالق بعض تطليقة كانت تطليقة والطلاق لا يتبعض وبه قال الكافة
اذ البعض طلاق [illegible] ولم يتبعض سوا كان البعض مبهما كقوله انت طالق بعض
طلقة او كان مقدرا كقوله انت طالق نصف طلقة او عشر طلقة سوا
قل البعض او كثر ويكون طلقة كاملة وقال داود لا يقع الطلاق عليها
الا طلقة كاملة وان طلقها بعض طلقة لم تطلق لانه طلاق لم يتبعض والجواب
لزم منه ما لم يلتزم وصار البعض الذي اوقعه لغوا وهذا فاسد لان
تبعيض الطلاق موجب لحال التحريم وبعضه مقتضي تبعيض التحريم والتحريم
لا يتبعض فصار التحريم بالبعض [illegible] للتحليل وهما الامران كان
فلم يكن بد من تغليب احدهما على الاخر فكان تغليب التحريم اولى
لامرين احدهما ان الحظر والاباحة اذا اجتمعا تغلب حكم الحظر على الاباحة
كاختلاط زوجته باجنبية والثاني ان تحريم الطلاق يسري والاباحة
بالنكاح لا يسري لانه لو طلق نصف زوجته سرى الطلاق الى جميعها ولو
نكح نصف امراته لم يسر النكاح الى جميعها ⁂ **مسئلة** قال الشافعي ولو
قال لها انت طالق نصفي تطليقة فهي واحدة وهذا صحيح لان الواحدة
نصفين فلم يكن فرق بين ان يقول لها انت طالق طلقة واحدة وبين ان يقول
انت طالق نصفي طلقة واحدة [illegible] طلقة واحدة
كما انه لا فرق بين ان يقول له علي درهم وبين ان يقول له نصفا درهم
الا انه يكون [illegible] وهكذا لو قال انت طالق [illegible]

ثلث الا ان طلقة او اربعة ارباع طلقة كانت طلقة واحدة ما لم
يزد اكثر منها لان الطلقة الواحدة ثلثة اثلاث واربعة ارباع
فصل ولكن لو قال انت طالق نصف تطليقة ومثله ففيه وجهان
احدهما تطلق واحدة لان مثل النصف نصف فصار كانه قال نصفي تطليقة
والوجه الثاني تطلق تطليقتين لامرين احدهما انه لم يدخل بين النصفين واو
العطف وقد ادخلها هاهنا والثاني انه اضاف النصفين الى طلقة واحدة
ولم يضفهما هاهنا الى طلقة واحدة فعلى هذا لو قال انت طالق نصف طلقة
ومثله طلقت على الوجه الاول طلقتين وعلى الوجه الثاني ثلث تطليقات
ولكن لو قال انت طالق نصف طلقة وضعفها طلقت من وجهها واحدا والفرق
بين المثل والضعف ان المثل نظير والضعف تكرير ⁂ **فصل** واما
اذا قال لها انت طالق ثلثة انصاف طلقة ففيه وجهان احدهما تطلق طلقتين
لان الثلثة انصاف تكون واحدة ونصف فصار اثنتين والوجه الثاني تطلق
واحدة لانه اضاف الثلثة الانصاف الى الواحدة فصار النصف الثالث
باضافته الى الواحدة لغوا فسقط وطلقت واحدة وهكذا لو قال لها
انت طالق اربعة اثلاث طلقة او خمسة ارباع طلقة كان على هذين الوجهين
احدهما تطلق اثنتين والثاني واحدة ⁂ **فصل** ولو قال انت طالق نصف
طلقة وثلثها وسدسها طلقت واحدة لانه تتكمل بالاجزا ولم يزد عليها
ولو قال انت طالق نصف طلقة وثلثها وربعها وسدسها فقد زادت اجزاؤها
عليها وهي مضافة الى واحدة فكان على وجهين كقوله ثلثة انصاف طلقة احدهما
تطلق اثنتين والثاني واحدة ولكن لو قال نصف طلقة وثلث طلقة وسدس
طلقة طلقت ثلثا ولو قال انت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت
واحدة والفرق بينهما انه اذا دخل بين الاجزا واو العطف تغاير المعطوف عليه

واذا احدهما لم تتغاير **فصل** ولو قال انت طالق نصف طلقتين
ففيه وجهان احدهما انها تطلق واحدة ويصير كقوله واحدة من ثنتين
ويكون النصف مبينا لاحداهما عن الاخرى والوجه الثاني تطلق طلقتين
ويكون النصف راجعا الى كل واحدة من الطلقتين فتطلق من كل واحدة
منهما نصفها ويسري الى جميعها فعلى هذا لو قال انت طالق نصفي طلقتين
فعلى الوجه الاول تطلق طلقتين وعلى الوجه الثاني تطلق ثلثا ولو
قال انت طالق انصاف طلقتين طلقت ثلثا على الوجهين لان النصف اذا
كان موقعا لطلقة وجب ان يكون الثلثة انصاف موقعا للثلث تطليقات
واما على الوجه الثاني فلان كل واحد من الانصاف يرجع الى كل واحدة من
التطليقتين فيصير موقعا لست فيقع منها ثلث **فصل** ولو قال انت
نصف طالق طلقت كما لو قال نصفك طالق ولو قال انت نصف طلقة كان في
وقوع الطلاق عليها وجهان كقوله انت الطلاق صريح والثاني انه كناية اذا
فلانه كناية **مسئلة** قال الشافعي ولو قال لاربع نسوة قد اوقعت
بينكن تطليقة كانت كل واحدة منهن طالقا واحدة وكذلك تطليقتين وثلثا
واربعا الا ان يريد قسم كل واحدة فتطلق ثلثا وهذا صحيح اذا قال
لاربع زوجات له قد اوقعت بينكن تطليقة كان ذلك صريحا في وقوع
الطلاق عليهن لانه لا فرق في عرف الخطاب بين قوله قد اوقعت عليكن
وبين قوله قد اوقعت بينكن كما لا فرق في الاقرار بين قوله
هذه الدار لزيد وعمرو وبين قوله هي بين زيد وعمرو وان حروف الصفات
يقوم بعضها مقام بعض واذا كان الاصل صريحا فله في ايقاع الطلاق
بينهن ستة احوال احدها ان يوقع بينهن تطليقة واحدة فتطلق
كل واحدة منهن واحدة لان الواحدة اذا قسمت بين اربع كان قسط
كل واحدة منهن الربع فيكمل الربع بالسراية تطليقة كاملة والحال الثانية
ان يوقع بينهن تطليقتين فلا يخلو حاله فيهما من ثلثة اقسام احدها ان يريد
قسمة جملة التطليقتين بينهن فتطلق كل واحدة منهن واحدة لان قسطها

من قسمة الاثنين نصف واحدة فكملت واحدة والقسم الثاني ان يريد
قسمة كل واحدة منهما بينهن فتطلق كل واحدة منهن تطليقتين لان قسطها
من كل واحدة منهما ربعها فيكمل الربع طلقة فيقع عليها بالربعين طلقتان
والقسم الثالث ان لا يكون له ارادة في القسم فمذهب الشافعي انه يحمل الطلاق
على قسمة جملة التطليقتين بينهن فيكون قسط كل واحدة منهن نصف تطليقة
فيكمل تطليقة وقال بعض اصحابنا وجها اخر وحكاه ابو علي الطبري عن اصحابه
انه يحمل الطلاق ذلك على قسمة كل تطليقة بينهن فيكون قسط كل واحدة
ربعي تطليقتين فتطلق تطليقتين وما نص عليه الشافعي اصح لانه اذا
دار بين احتمالين وجب حمله على الاقل والحال الثالثة ان يوقع بينهن ثلث تطليقات
فان اراد قسم الجملة بينهن طلقت كل واحدة منهن تطليقة واحدة لان قسطها
من الثلث ثلثة ارباع تطليقة فكملت تطليقة وان اراد قسمة كل
تطليقة بينهن طلقت كل واحدة منهن ثلثا لان قسطها ثلثة ارباع تطليقات
فيكمل كل ربع تطليقة وان لم يكن له ارادة فعلى مذهب الشافعي يحمل على قسمة الجملة
فتطلق كل واحدة منهن سهما وعلى الوجه الاخر تطلق كل واحدة منهن ثلثا
والحال الرابعة ان يوقع بينهن اربع تطليقات فان اراد قسمة الجملة طلقت كل
واحدة منهن ثلثا والحالة الرابعة ان يوقع بينهن اربع تطليقات فان
اراد قسمة الجملة طلقت كل واحدة منهن واحدة وان اراد قسمة كل واحدة
بينهن طلقت كل واحدة منهن ثلثا ولكون الرابعة لغوا وان لم يكن له ارادة
فعلى مذهب الشافعي تطلق واحدة وعلى الوجه الاخر ثلثا والحال الخامسة
ان يوقع بينهن خمس تطليقات فان اراد قسمة الجملة بينهن طلقت كل واحدة
منهن تطليقتين لان قسطها واحدة وربع فكملت بعضين وان اراد قسمة كل
تطليقة بينهن طلقت ثلثا من خمس وان لم يكن له ارادة فعلى مذهب الشافعي

تطلق كل واحدة تطليقتين وعلى الوجه الآخر ثلثا وكذلك لو أوقع بينهن
ستا أو سبعا أو ثمانيا لأن قسط كل واحدة من الست تطليقة ونصف
ومن السبع تطليقة وثلثة أرباع ومن الثمان تطليقتان ولا فرق بين تطليقتين
وبين تطليقة وبعض ثانية في تكميلها تطليقتين وإذا قال السادسة أن يوقع بينهن
سبع تطليقات تطلق كل واحدة منهن ثلثا لأن قسطها من قسمة الجملة
تطليقتان وربع وهو أقل أحوالها فيلزمها ثلثا وكذلك لو أوقع بينهن أكثر من سبع
أو أكثر من ثمان … دون التسع كثمان ونصف أو ثمان وعشر لأنه أراد
قسط كل واحدة على التسوية ولو يسيرا من ثالثة تكمل ثلثا **فصل**
ولو قال قد أوقعت بينكن تسع تطليقات وقال أردت بالتسع ثلثا منهن
واستثنيت الرابعة طلق الثلث ظاهرا وباطنا وطلقت الرابعة في الظاهر
وكان مدينا في الباطن **فصل** ولو قال قد أوقعت بينكن خمسا وقال
أردت التفضيل بينهن في القسمة وأن يكون ثلث من الخمس لواحدة والاثنتان
الباقيتان من الثلث قبل قوله في التي فضلها ظاهرا وباطنا وطلقت منه
ثلثا وقد كان يقع عليها لولا التفضيل تطليقتان ولم يقبل قوله في اللاتي
تنقص في الظاهر وإن كان مدينا في الباطن لأنه قد كان يقع على كل واحدة
منهن لولا التفضيل طلقتان ويقع عليها مع التفضيل واحدة فلزمه في
الظاهر تطليقتان وفي الباطن واحدة والله أعلم **مسئلة** قال
الشافعي ولو قال أنت طالق ثلثا إلا اثنتين فهي واحدة ولو قال ثلثا إلا ثلثا
فهي ثلث لأنه أحال الاستثناء إذا نفى شيئا وإذا لم يبق شيئا فمحال أما الاستثناء
فهو ضد المستثنى منه لأنه يخرج منه ما لولاه لكان داخلا فيه ويكون
من الإثبات نفيا ومن النفي إثباتا فإذا قال جاءني القوم إلا زيدا فقد أثبت
مجيء القوم إليه ونفى مجيء زيد لاستثنائه منهم ولو قال ما جاءني أحد
إلا زيدا فقد نفى مجيء أحد وأثبت مجيء زيد لاستثنائه من نفي وإذا عاد
الاستثناء إلى الجملة كان المراد بها ما بقي بعد الاستثناء منها

فإذا قال له علي عشرة إلا ثلثة كان إقراره بسبعة ولم يكن فرق بين أن يقول
ابتداء له علي سبعة وبين قوله علي عشرة إلا ثلثة قال الله تعالى
فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما فكان كقوله تسع مائة وخمسين عاما
ويجوز أن يأتي استثناء ثان بعد أول وثالث بعد ثان فيعود الأول
إلى المستثنى منه ويعود الثاني إلى الاستثناء الأول ويعود الثالث إلى
الاستثناء الثاني وإذا كان المستثنى منه إثباتا كان الاستثناء الأول نفيا
والثاني إثباتا والثالث نفيا من أن حكم الاستثناء ضد حكم المستثنى منه مثاله
أن يقول له علي عشرة إلا سبعة إلا خمسة فيكون مقرا بثمانية لأن قوله
علي عشرة إثبات وكان قوله إلا سبعة نفيا لها من العشرة فسقطت من عشرة سبعا
فبقيت ثلثا فلما قال إلا خمسة عاد إلى السبعة وهي نفي فكانت الخمسة إثباتا فوجب
إضافتها إلى الثلثة الباقية من العشرة فصارت ثمانية وصار مستثنيا اثنين من عشرة
لأن الخمسة المستثناة من السبعة تبقى منها اثنين نفيا وهو المستثنى من
العشرة وشاهده من كتاب الله تعالى قوله في قصة إبراهيم ولوط
قالوا إنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته
فاستثنى آل لوط بالنجاة من القوم المجرمين في الهلاك ثم استثنى امرأته
من آل لوط الناجين من الهلاك فصارت من أهل الهلاك وإذا كانت الاستثناءات
بعد الاستثناء الأول بأن يأتي بواو العطف كان استثناء واحدا كقوله
علي عشرة إلا أربعة وإلا ثلثة فكأنه قال له علي عشرة إلا سبعة فيلزمه
ثلثة لأن واو العطف تجمع بين المعطوف والمعطوف عليه في الحكم فإن كان
الاستثناء راجعا إلى جميع المستثنى منه بطل الاستثناء وثبت المستثنى منه
كقوله له علي عشرة إلا عشرة ثبت إقراره بالعشرة وبطل استثناؤه
للعشرة لأن الاستثناء موضوع لأن يبقى بعض الجملة لا لرفعها

الا ترى انه لا يحسن ان تقول جاني سوى تميم الا بنو تميم ويحسن ان تقول
الا الصبيان لانه في الاول رافع وفي الثاني معي ويجوز ان يكون الاستثنا
للاقل منفيا للاكثر اجماعا لقوله على عشرة الا درهم فيثبت تسعة ويكون مقرا بها
باما او اكاد رايتها للاكثر منها للاقل جائز على قول جميع الفقها واكثر اهل
العربية فتقول له على عشرة الا تسعة فيكون مقرا بدرهم وحكي عن ابن درستويه
من النحاة انه ابطل الاستثنا اذا رفع الاكثر ونفى الاقل وهو قول مطرح
لان القران يدفعه قال الله تعالى قال رب بما اغويتني لازين لهم في الارض
ولاغوينهم اجمعين الا عبادك منهم المخلصين واستثنى المومنين المخلصين
دنيا الكافرين ثم قال بعدها ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من
اتبعك من الغاوين فاستثنى الغاوين من الكافرين ونفا المومنين ولا
بد ان يكون احداهما اكثر من الاخر على ان الكفار اكثر لقوله والحمد
اكثرهم شاكرين فدل على جواز الاستثنا الاكثر وقال الشاعر
ادوا التي نقصت تسعين من مايه ثم ابعثوا حكما بالحق قوالا
فاستثنى تسعين من مايه وهي الاكثر

فصل

فاذا ثبت ما
وصفنا من تمهيد هذه الاصول كان الاستثنا في الطلاق مبنيا عليها
فاذا قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت اثنتين لنفيها بعد استثنا
الواحده ولو قال انت طالق ثلثا الا اثنتين طلقت واحده لنفيها بعد الاستثنا
للاثنتين ولو قال انت طالق ثلثا الا ثلثا طلقت ثلثا لانها لا تبقى بعد استثنائها
ولو قال انت طالق ثلثا الا نصف طلقه ففيه وجهان احدهما وهو قول على بن ابي هريره
انها تطلق ثلثا لانه لا يتبعض من الطلاق الا الثلث والزيادة عليها
من الجنس لغو فصار كانه قال انت طالق ثلثا الا ثلثا فطلقت ثلثا
والوجه الثاني وقد حكاه البويطي عن الشافعي انها تطلق اثنتين لان الخمس
لغو ولم يقع بها استثنا وانما وقع الاستثنا ولا يكون لغوا لان بانفها هو
المقصود فخرج عن حكم اللغو فعلى هذا لو قال انت طالق خمسا الا اثنتين

خمسا الا ثلثا

132

طلقت على الوجه الاول واحده لعود الاستثنا الى الثلث وعلى
الوجه الثاني تطلق ثلثا لعود الاستثنا الى الخمس ولو قال انت طالق
اربعا الا اثنتين طلقت على الوجه الاول واحدة وعلى الوجه الثاني
اثنتين ولكن لو قال انت طالق ست الا ثلثا طلقت ثلثا على الوجهين
لان الاستثنا ان عاد الى الست فقد ابقى ثلثا وان عاد الى الثلث فقد
استثناها جميعا فلم يصح

فصل

واذا قال انت طالق ثلثا الا اثنتين
الا واحده طلقت اثنتين لان الاستثنا الاول نفي فيبقى بعد واحده والاستثنا
الثاني اثبات فزادت به واحده والاستثنا الثاني اثبات فزادت به واحده
وتحقيقه ان الاستثنا الثاني قد اسقط من الاستثنا الاول واحده فصار الباقي
منه واحده وهو القدر المستثنى من الثلث فبقيت اثنتان ولو قال انت طالق ثلثا الا
واحده وواحده طلقت واحده لانه لما جمع بين عددي الاستثنا بواو العطف صار المستثنى
واحدة وجرى مجرى قوله انت طالق ثلثا الا اثنتين فطلق واحده لان دخول واو
العطف بين العددين يجعل اعادة حرف الاستثنا ابتدا ولو قال انت طالق ثلثا الا ثلثا الا اثنتين
والا واحده ففيه وجهان احدهما تطلق ثلثا لان عددي الاستثنا اذا جمعا كانا ثلثا
نصا وكقوله انت طالق ثلثا الا ثلثا فتطلق ثلثا ويبطل الاستثنا لرفعه الجميع
والوجه الثاني تطلق واحده اسقاطا للواحده الاخيرة من عددي الاستثنا
ليكون اثنتان استثنا منه عدد ابصح الاستثنا فلذلك طلقت واحده وهكذا قال
انت طالق ثلثا الا اثنتين وواحده فاذا قال الا واحده صار كانه قد استثنى
واحده من واحده فلم يصح ولو كان قال انت طالق ثلثا الا واحده واثنتين فعلى الوجه
الاول تطلق ثلثا اسقاطا للجمع المستثنى وعلى الوجه الثاني تطلق اثنتين اسقاطا
للاخر العددين واثباتا للاول ولو قال انت طالق واحده وواحده وواحده
الا واحده طلقت ثلثا وسقط الاستثنا لانه لما فرق الجمل المستثنى منها والاستثنا
راجع الى اقربها وهي الواحدة الاخيرة فلم يصح استثنا وهاو هكذا

لو قال انت طالق وطالق وطالق الا طلقة طلقت ثلاثا لانه افردها ولم يجمعها
فلم يصح الاستثناء **فصل** ولو قال انت طالق اثنتين ونصفا الا واحدة
طلقت ثلاثا لان نصف الثانية يسري فتصير واحدة كاملة ويكمل فتصير الى اثنتين
بواو العطف فصار كقوله انت طالق اثنتين وواحدة الا واحدة فتطلق ثلاثا ويسقط لرجعة
استثناء الواحدة الى الواحدة وفيه وجه اخر انها تطلق طلقتين لان واو العطف
دخلت هاهنا فيما لا يستغنى عنه وسراية الطلاق تقع بعد الاستثناء فاذا استثنى
واحدة من اثنتين ونصف بقي واحدة ونصف فكملت اثنتين فلو قال انت طالق ثلاثا
الا نصفا طلقت ثلاثا لان الباقي بعد الاستثناء طلقتان ونصف ويكون كمال الطلاق
الواقع منه دون المستثنى ولو قال انت طالق طلقتين ونصفا الا طلقة ففيه ثلثة
اوجه احدها انها تطلق ثلاثا لان الطلقة ونصف لا يجوز ان يستثنى من نصف طلقة فسقط
الاستثناء وكمل الواقع ثلاثا والوجه الثاني انها تطلق طلقتين لان النصف طلقة
الواقع مع الطلقتين فصارت ثلاثا وقد استثنى منها طلقة ونصفا فبقيت
طلقة ونصف فكملت طلقتين والوجه الثالث انها تطلق واحدة لان
الواقع يكون بعد الاستثناء منه وقد استثنى طلقة ونصفا من طلقتين ونصف
فبقيت واحدة **فصل** ولو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة ففيه
ثلثة اوجه احدها تطلق ثلاثا لان الاستثناء الاول رافع للكل فسقط
والاستثناء الثاني راجع الى الاول فسقط بسقوطه والوجه الثاني انها تطلق
طلقتين لان الاستثناء الاول سقط بعضه فكمل وثاني الاستثناء الثاني فعاد
الاول في طلقة ويسقط ثنتان والوجه الثالث انها تطلق واحدة
لان الاستثناء الاول قد عاد اليه الاستثناء الثاني فبقي منه واحدة
وبقي منه اثنتان فصح عوده الى الثلث وبقي منها طلقة فواحدة وهكذا
لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين ففيه ثلثة اوجه احدها انها تطلق
ثلاثا ويسقط جميع الاستثناء والثاني تطلق واحدة اسقاطا للاستثناء
الاول [illegible] الثاني مقامه والثالث تطلق اثنتين لان اسقاط
الاستثناء الاخير يرجع الى الاستثناء الاول فيبقى منه واحدة فيصح استثناء
الواحدة من الثلثة فيبقى اثنتان وتطلق واحدة اسقاطا للاستثناء
من الاول [illegible] واحدة وهو القدر المستثنى **فصل**

واعلم ان الاستثناء يصح بجميع حروفه المتعلقة به وهي الا وغير وسوى وخلا
وحاشى وعدا فلو قال انت طالق ثلاثا الا واحدة او غير واحدة او سوى
واحدة او خلا واحدة او حاشى واحدة او عدا واحدة صح استثناؤه وهاهنا
الالفاظ وطلقت اثنتين الا ان غير واحدة من جميع هذه الالفاظ قد تستعمل
الاعراب تنصب الراء تارة وتفتح اخرى فان قال انت طالق غير واحدة بفتح
الراء كان استثناء وطلقت اثنتين وان قال انت طالق غير واحدة بضم الراء قال اهل
العلم بالعربية تطلق ثلاثا لانه بالضم تصير نعتا ولا تكون استثناء وتقديره انت طالق
ثلاثا لست واحدة وليس لاصحابنا في هذا نص وان كان المطلق من اهل العربية
الذي يستعمل الاعراب باختلاف معانيه فالجواب على ما قالوه وان كان من غيرهم كان على ما
قصده من اختلاف وجهي اصحابنا في امثاله **فصل** واذا قدم الاستثنا
على المستثنى منه
فقال انت الا واحدة طالق ثلاثا طلقت وسقط الاستثناء لانه يعود الى ما تقدم
والصحيح ان يعود الى ما بعده لانه قد جاء في كلامهم عود الاستثنا
الى ما بعده وهو قول الفرزدق في مدح هشام بن ابراهيم بن المغيرة
خال هشام بن عبد الملك وما مثله في الناس الا مملكا ابو امه حي ابوه يقاربه
فقدم الاستثناء على المستثنى منه لان التقدير وما مثله في الناس حي يقاربه الا
مملكا ابو امه ابوه يريد الملك ابو هذا الممدوح قيل ان هذا الاستثنا
انما قدم في ضرورة الشعر فلم يجز ان يحمل عليه ما زال العرف
عنه والله اعلم **مسئلة** قال الشافعي ولو قال لها كلما ولدت ولدا
فانت طالق واحدة فولدت ثلاثا في بطن طلقت بالاول واحدة وبالثاني
اخرى وانقضت عدتها بالثالث وصورتها في رجل قال لامراته
كلما ولدت ولدا فانت طالق فان ولدت ولدا واحدا طلقت واحدة
وانقضت عدتها بالاخر وسواء كان الولد ذكرا او انثى وسواء وضعته
حيا او ميتا كامل الخلق او ناقصا فاما ان وضعت به علقة لم تطلق لانه
نطفة او علقة وليس بولد ولا تصير به لو كانت امة ام ولد لانها قد علقت منه بولد
وان وضعت ولدين [illegible] احدهما ان يلدهما معا في حال واحدة لا يسبق احدهما
الاخر [illegible] واحدة تطلق بهما طلقتين [illegible] موضوعه [illegible] صفة الطلاق

وجب ان يتكرر منها وقوع الطلاق وعليها بعد التطليقتين ان تعتد بالاقرا والضرب
الثاني ان تضعهما واحدا بعد واحد فيضرب الى ضربين احدهما ان تكون
قد راجعها بعد الاول فتطلق بالثاني ثانيه وتنقضي عدتها به الا انها
والضرب الثالث اذا لم تكن قد راجعها فتطلق بالاول واحده وتنقضي
عدتها بالثاني ولا تطلق به اذ ربما انقضت به العده لم يقع الطلاق
وانما انقضت به العده انما يوقع الطلقه الاوله بالولد الاول
معتده والمعتده اذا وضعت حملها بانت واما لم يقع به الطلاق
اذا انقضت به العده لانها قد بانت بوضعه والثاني لا يقع بها
الطلاق في حال البينونه كما لو قال لها اذا مت فانت طالق لم تطلق بموته لانها بانت
بالموت فلم تطلق بالموت وحكى ابو علي ابن خيران عن [illegible] في قول الثاني
انها تطلق بالثاني اخرى وتنقضي به العده لوجود الصفه
في الثاني بوجودها في الاول والاشبه ان يقع الطلاق في البينونه
معا في حال واحده كالتي لم يدخل بها وانكر سائر اصحابنا تخريج هذا القول
لامرين احدهما انه لم [illegible] في شي من [illegible] ويتقدم ابن خيران
من وقف على [illegible] ولم يحك فيهم احد [illegible] هذا القول
تخريج ان [illegible] حكايته هذا القول على السهو والغلط
والثاني انه لا يجوز تخريجه وهو كمن قال لامراته اذا مت فانت طالق
فانت لم تطلق اجماعا لانها به تقع فكذلك يقع به السويه [illegible]
الطلاق معا هذا القول [illegible] ابن خيران [illegible] على انها
وضعتهما معا في حال واحد طلقت ثلاثا وانقضت
عدتها بالاقرا ولو وضعتهما واحدا بعد واحد طلقت بالاول
واحده ولم تنقض به العده وانقضت عدتها بالثاني ولم تطلق به
وعلى هذا القول التفريع نظير هذا لو وضعت ثلثه اولاد فان
وضعتهم معا في حاله واحده طلقت ثلثا وانقضت عدتها بالاقرا
وان وضعتهم واحدا بعد واحد طلقت بالاول واحده وبالثاني ثانيه
وانقضت عدتها بالثالث ولم تطلق به وهكذا اذا كان الثلثه من حمل
واحد وهو ان يكون بين الاول والاخير اقل من سته اشهر طلقت بالاول
واحده طلقه قال ابو حامد الاسفرايني وتنقضي عدتها [illegible] وضع
الثاني والثالث لانهما من حمل [illegible]
وصفه بعد انقضاء عدتها [illegible] مستقبله [illegible] قاله عندي

ليس بصحيح لانه ليس يمنع ارتجاعها في العده قبل انقضا العده عن الثالث
معلق وتكون بائنه في العده الى وضعه فتنقضي به العده واذا كان
ذلك لم يكن لما قاله ابو حامد وجه ونظيره الثاني والثالث وان كان
بينهما اكثر من سته اشهر انقضت عدتها بالثاني ولم تطلق به وكان
لاحقا بالزوج وصار الثالث مولودا بعد انقضا العده وان كان بين الثاني
والثالث اقل من سته اشهر فهما من حمل واحد ففي هذا تطلق بالثاني ثانيه
ولا تنقضي به العده لبقاء الحمل وتنقضي عدتها بالثالث ولا تطلق به ويلحقان بالزوج
كالاول ولو وضعت اربعه اولاد نظر فان وضعتهم معا في حاله واحده طلقت ثلثا
لان الزياده على الطلاق الثلث لا تقع وتنقضي عدتها بالاقرا وان وضعتهم واحدا بعد
واحد وجميعهم من حمل واحد طلقت بالاول واحده وبالثاني ثانيه
وبالثالث ثالثه وانقضت عدتها بالرابع فلو وضعت اثنين
معا في حاله واحده ثم اثنين معا في حاله واحده طلقت بالاثنين الاولين طلقتين
وانقضت عدتها بالاثنين الاخرين ولم تقع الطلاق بواحده منهما الا انهما
كالولد الواحد بعد الانفصال ولو وضعت ثلثه اولادا معا في حاله واحد
ثم وضعت رابعا منفردا طلقت ثلثا بالثلثه وانقضت عدتها بالرابع
المنفرد ولو وضعت الواحد المنفرد اولا ثم الثلث الباقيه معا طلقت
واحده بالاول وانقضت عدتها بالثلث ولم تطلق بواحد منهم لانهم
في انقضا العده يجري عليهم اذا اجتمعوا في الطلاق حكم الافتراق وفي
العده حكم الواحد والفرق بينهما انه يجوز ان يفترق عدد الطلاق ولا
يجوز ان يفترق العده والطلاق والله اعلم فصل
واذا قال كلما ولدت ولدا فانت طالق واحده فوضعت ولدا واحدا
طلقت به واحده وانقضت به عدتها بخلاف قوله اذا ولدت ولدا والفرق
بينهما ان الكلام في هذه المسله بعد الولاده لانها تطلق بولادته
بطنها وانما يعلم بالولاده انه كان في بطنها [illegible] ان تنقضي به العده
لو ادته بعد تقدم الطلاق ووقوعه وليس كذلك اذا قال
ان ولدت ولدا فانت طالق تقع [illegible] الولاده [illegible] تنقضي به
العده لان انقضا العده يكون بعد تقدم [illegible] هذا لو وضعت ولدين

طلقت بها الطلقتين سواء وضعتهما معا او متفرقا وانقضت بهما العدة ولو
وضعته بلبنه او لاد طلقت ثم بلثنا وانقضت عدتها بالاخير ولو قال ان
كان في بطنك ولد فانت طالق واحدة فولدت ثلثة اولاد طلقت واحدة وانقضت
عدتها بالاخير لانه قد اسقط اللفظ الموجب للتكرار وهو قوله كلما
فلم يقع الطلاق الا واحدة اسقط لها كلم التكرار فلو قال ان ولدت
ولدا او حتى ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد طلقت واحدة
بالاول ولم تطلق بالثاني وانقضت عدتها بالثالث

فصل

واذا قال ان ولدت فانت طالق ثم قال ان ولدت ذكرا فانت طالق ثنتين فان
ولدت انثى طلقت واحدة لانها ولدت وان ولدت ذكرا طلقت اثنتين
واحدة بانه ولد وثانية بانه ذكر ومثله ان يقول ان كلمت رجلا فانت
طالق وان كلمت زيدا فانت طالق فاذا كلمت زيدا فانت طالق فاذا
كلمت زيدا طلقت اثنتين واحدة بانه رجل وثانية بانه زيد
فلو قال ان ولدت ذكرا فانت طالق واحدة وان ولدت انثى فانت طالق
اثنتين فولدت ذكرا وانثى فلها اربعة احوال احدها ان تضعهما
معا فله واحدة تطلق [illegible] واحدة بوضع الذكر واثنتان بوضع
الانثى وتعتد بالاقراء والحال الثانية ان تلد الانثى اولا ثم الذكر
فتطلق ثنتين بالانثى وتنقضي عدتها بالذكر ولا تطلق به والحال الثالثة
ان تلد الذكر اولا ثم الانثى فتطلق بالذكر واحدة وتنقضي عدتها بالانثى ولا
تطلق واحدة والحال الرابعة ان لا تعلم كيف ولدتهما فتطلق
واحدة لانها تتيقن لجواز ان تلد الذكر ثم الانثى والطلاق يقع باليقين
دون الشك والاختيار له في الورع ان يلتزم الطلاق الثالث لجواز
ان تلدهما في حال واحدة ولا تنقضي عدتها الا بالاقراء لان العدة
لا تنقضي الا باليقين وقد يجوز ان تلدهما معا فتكون عدتها
بالاقراء ولا تنقضي بالتي بعدها ولو قال ان كان في بطنك ذكر فانت طالق
واحدة وان كان في بطنك انثى فانت طالق اثنتين فولدت ذكرا وانثى
طلقت ثلثا في الاحوال كلها لانه [illegible] موضع الولادة وانقضت
عدتها بالاخير منهما بعكس ما قلناه ولو ولدت خنثى مشكلا طلقت
به واحدة لانه ان [illegible] عند الله تعالى غير مشكل
فاوقعنا به واحدة بيقين ولكن لو قال ان ولدت ذكرا فانت طالق
فولدت خنثى لم تطلق لجواز ان تكون انثى ولو قال ان ولدت انثى فانت

١٢٤

135

طالق فولدت خنثى لم تطلق لجواز ان تكون ذكرا ولو قال ان كان ما في
بطنك ذكرا فانت طالق فولدت ذكرا وانثى لم تطلق وهكذا لو ولدت
ذكرين لم تطلق لانه شرط في طلاقها ان يكون كل ما في بطنها ذكرا او احدا فان
كان معه غيره عدم شرطه فلم يقع ومثله ان يقول ان كان
كل ما في الكيس دراهم فانت طالق فكان فيه دراهم ودنانير لم تطلق لانه
لم يكن كل ما في الكيس دراهم ولو قال ان كان في الكيس دراهم فانت طالق
فكان فيه دراهم ودنانير طلقت [illegible]

فصل

فاذا قال لزوجتيه حفصة وعمرة كلما ولدت واحدة منكما فانتما
طالقتان فولدت كل واحدة منهما ولدا نظر فان ولدتا معا طلقت
كل واحدة منهما طلقتين واحدة بولادتها والاخرى بولادة صاحبتها
وعليهما الاعتداد بالاقراء وان ولدت احداهما بعد الاخرى مثل ان
تلد حفصة يوم السبت وعمرة يوم الاحد طلقت طلقتين واحدة بولادتها
والاخرى بولادة عمرة واعتدت بالاقراء وطلقت عمرة واحدة بولادة
حفصة وانقضت عدتها بولادة نفسها ولم تطلق به ولو ولدت حفصة
اولا ثم ولدت عمرة بعدها ولدين طلقت حفصة ثلثا واحدة بولادتها
والثانية بولادة عمرة وانقضت عدتها بالاقراء وطلقت عمرة طلقتين
واحدة بولادة حفصة وثانية بولدها الاول وانقضت عدتها بولدها
الثاني ولم تطلق به ولو ولدت عمرة اولا ولدين وولدت حفصة بعدها
ولدا طلقت عمرة واحدة بولدها الاول وانقضت عدتها بولدها الثاني
ولم تطلق به وطلقت حفصة طلقتين بولدي عمرة وانقضت عدتها
بولدها ولم تطلق به ولو ولدت عمرة ولدا ثم ولدت حفصة بعدها
ولدا ثم ولدت عمرة بعدهما ولدا ثانيا طلقت عمرة طلقتين واحدة
بولدها الاول وثانية بولد حفصة وانقضت عدتها بولدها الثاني
وطلقت حفصة بواحدة بولد عمرة الاول وانقضت عدتها بولدها
ولم تطلق به ولو ولدت حفصة ولدين وعمرة ولدا [illegible] حالة
واحدة لم يتقدم بعضهم بعضا طلقت كل واحدة منهما ثلثا بالثلثة الاولاد
واعتدت بالاقراء

فصل

ولو قال يا حفصة ان كان اول ما تلدين
ذكرا فانت طالق وان كان انثى فانت طالق فولدت ذكرا وانثى ولا تخلوا

من اربعة احوال احدها ان تلد الذكر ثم الانثى فتطلق عمرة دونها والثاني
ان تلد الذكر ثم الانثى ثم الذكر فتطلق حفصة بعد عمرة والثالث ان
تلدهما معاً في حالة واحدة فلا تطلق واحدة منهما لانه ليس الولد
اول والرابع ان تلدهما واحداً بعد واحد ويشكل هل تقدم
الذكر ام الانثى فقد طلقت احداهما لا بعينها ويلزمه الطلاق الواقع على
احدى زوجتيه وقد اشكلت فصل ولو قال يا حفصة
ان ولدت فانت وعمرة طالقتان ثم قال لحفصة قد ولدت والانها
الزوج لم تطلق عمرة وفي طلاق حفصة وجهان احدهما وهو منصوص
الشافعي في كتاب العدد ونقله ابو حامد المروزي في الجامع ان
قولها مقبول في نفسها مقبول ويقع به طلاقها ولا يلحق بالزوج الا ان يقيم
بينة على ولادتها والوجه الثاني وهو قول جمهور اصحابنا انها
لا تطلق ولا تصدق على نفسها كما لا تصدق على غيرها وكما لا يلحق بالزوج
نسبها لانه يمكنها اقامة البينة على الولادة فصار كقوله
ان دخلت الدار فانت طالق فقالت قد دخلت لم تطلق الا ببينة
والله اعلم مسئلة قال الشافعي ولو قال ان شاء الله لم يقع الطلاق
والاستثناء في الطلاق والعتق والنذور كهو في الايمان وهذا
كما قال اذا علق طلاقه او عتقه او يمينه او نذره او اقراره بمشيئة الله
تعالى لم يلزمه شيء من ذلك وكذلك جميع عقوده وارتفع حكم الطلاق
والعتق والايمان والنذور والاقرار والعقود واختلف اصحابنا
هل يكون ذلك الاستثناء رافعاً من انعقاده للكلام او رافعاً شرطاً
معلقاً به على وجهين احدهما وهو الظاهر من مذهب
الشافعي انه استثناء رافع من انعقاده فلا يثبت للكلام عقد
ولا حكم والوجه الثاني وهو قول ابي اسحاق المروزي انه شرط العقود
عليه هذه الاحكام فلم يلزم لعدم الشرط وان كانت منعقدة فهذا
حكم ما عقد بمشيئة الله من الطلاق والعتق والايمان والنذور
والاقرار والعقود في الجملة غير لازم له وبه قال ابو حنيفة
واصحابه وقال مالك يرفع مشيئة الله حكم الايمان بالله ولا
يرفع ما سوى الايمان بالله من الطلاق والعتق والنذر
والاقرار وبه قال الزهري والليث بن سعد وقال الاوزاعي

والليث ابن سعد وقال الاوزاعي وابن ابي ليلى يرتفع بمشيئته حكم
جميع الايمان بالله وبالطلاق وبالعتق ولا يرتفع به وقوع الناجز
من الطلاق والعتق والنذور والاقرار وقال احمد بن حنبل يرتفع بمشيئة
الله حكم الايمان كلها وحكم الطلاق وان كان ناجزاً ولا يرتفع به حكم العتق
والنذور والاقرار فاما مالك فاستدل على ذلك بما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال من حلف بالله فقال ان شاء الله لم يحنث واستدل بذلك ان ورود
حلفه بغير الله يحنث وان الاستثناء يرفع اليمين فكان بعدها احتمل الاهال
ما الايمان بالله دون غيرها وجب ان يكون الاستثناء بمشيئة الله مختصاً بها
دون غيرها ولانه في الطلاق والعتق معلق له بشرط يستحيل وجوده فوجب
ان يعلق طلاقه ويسقط شرطه كما لو قال انت طالق ان صعدت السماء طلقت
لاستحالة الشرط قالوا ولان احكام الله تعالى في الطلاق والعتق على لسانه
مثبتة منه القاعد فوجب ان يقع بوجود شرطه ودليلنا رواية نافع عن ابن
عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين ثم قال في اثرها ان شاء الله لم يحنث
فكان على عمومه في الايمان بالله وبالطلاق والعتق ولانه طلاق علقه بمشيئة من له
مشيئة فوجب ان لا يقع قبل العلم بها اصله اذا علقه بمشيئة زيد ولانه
طلاق علقه بصفة فوجب ان لا يقع قبل وجودها اصله اذا علقه بدخول
الدار ولان كل من لو علقها بمشيئة ادمي لم يقع قبل العلم بها وجب اذا علقها
بمشيئة الله ان لا يقع قبل العلم بها كاليمين بالله ولانه لما ارتفع بمشيئة الله
حكم اليمين بالله مع عظم حرمتها كان ما دونها في الحرمة من الطلاق والعتق اولى
واما الجواب عن خبرهم فهو ان خبرنا اعم وابين فكان قاضياً على الاخص الاقصر
واما الجواب عما استدلوا به من ان الاستثناء بمشيئة الله كالمعاونة في رفع اليمين
بها فقولنا ان الاستثناء رافع لليمين والاقرار عمن ما يفعله له لان الاستثناء
يمنع من العقد واليمين والاقرار اذ ليس الا الحنث بعد ثبوتها في اليمين

وامرنا واما الجواب عن باسم على تعليق طلاقه بصعود السما فهو ان
اصحابنا قد اختلفوا فيه وتوجه على وجهين احدهما انه لا يقع لانه معلق
بشرط لم يوجد وانه بمنزلة غيره من الشروط التي توجد الا تراه لو قال انت
طالق ان شا زيد ومات زيد قبل مشيته لم تطلق وان كان بعد استحالة الشرط لم يوجد فعلى
هذا سقط الاستدلال به والوجه الثاني ان الطلاق يقع والشرط لغو لا
لاستحالته وانه يجري الكلام لغوا وليس مشية الله مستحيلة والكلام بها لغو
فدامت الله تعالى بها وبدت السما بقوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا
الا ان يشا الله واما الاستدلال لانه قد جرى الطلاق على لسانه دليل على
مشية الله تعالى فهو انه دليل على الارادة احيانا وليس بدليل على الارادة القاطعة
ثم يبطل ذلك عليهم في اليمين بالله اذا علقها بصعود السما كقوله والله لاصعدن
ان صعدت السما فانها لا تلزم وان وجدت شرطها بحاله ه فصل
واما احمد واستدلاله على وقوع العتق دون الطلاق انه مكروه لم يرده بقول
النبي صلى الله عليه وسلم ابغض الحلال الى الله الطلاق فلذلك لم يقع والعتق
مندوب اليه ومرغب فيه فدل على وقوعه وبما روى اصحابه عن حميد بن مالك
اللخمي عن مكحول عن معاذ قال قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم يا معاذ ما
خلق الله شيئا على وجه الارض احب الى الله من العتق ولا ابغض اليه من الطلاق
فاذا قال الرجل لمملوكه انت حر ان شا الله فهو حر ولا استثنا له واذا قال
لامراته انت طالق ان شا الله فله الاستثنا والطلاق عليه ودليلنا على احمد
ما دللنا به على مالك وهذا الخبر غير صحيح لان حميد بن مالك غير ثقة ومكحول
لم يلق معاذا وهكذا قال الدارقطني وحكى الدارقطني عن اسحاق المروزي
لو صح هذا الحديث لم يكن تاويله بحال واما ما ذكره من الفرق بينهما فهو ان اختلافهما
في الاستحباب والكراهة لا يدل على اختلافهما في الوقوع لان بيع [illegible]
[illegible] وان كان مكروها فقد لا يقع ولا يلزم وان كان مستحبا

فصل فاذا انفرد ما وصفنا فيه تنوع حكم كل قول اتصل بها من طلاق وعتق
سوا تقدمها ذكرها او تاخرت او توسطت فلو قال انت طالق ان شا الله او انت
ان شا الله طالق وان شا الله انت طالق ولا طلاق وهكذا لو قال انت طالق لمشية الله
او اذا شا الله او متى شا الله فلا طلاق ولو قال انت طالق ان لم يشا الله
لم تطلق لانه لا يخلو ان لا يشا فتطلق او يشا فلا تطلق وليس يعلم هل شا ام لم يشا فاذا
فلم يقع الطلاق لان صفة وقوعه وهو عدم المشية لم يعلم فلا يقع
قال ان شا الله لان صفة وقوعه وهو المشية لم يعلم وهكذا اذا قال انت طالق
ما لم يشا الله لم تطلق واما اذا قال انت طالق الا ان يشا الله ففي وقوعه وجهان
احدهما حكاه ابو حامد الاسفرايني انها تطلق لانه مقيد بمشية لا تعلم والوجه
الثاني وهو المذهب انها تطلق لانه اوقع الطلاق وجعل رفعه مقيدا
بمشية الله وهي لا تعلم فسقط حكم رفعه وثبت حكم وقوعه وخالف قوله
انت طالق ان شا الله لانه جعل حكم وقوعه مقيدا بمشية الله وهي لا تعلم
فلذلك لم يقع فصل واذا قال انت طالق ان شا زيد كان
موقوفا على مشيته فان شا طلقت وان ابى لم تطلق وان مات زيد قبل فلو قال
ان يعلم مشيته لم تطلق وهكذا لو كان زيد ميتا فطلاقها لم تطلق وان مات
انت طالق الا ان يشا زيد فان شا زيد لم تطلق وان لم يشا طلقت وان مات
زيد قبل ان يعلم مشيته كان على الوجهين فان قال انت طالق ان شا الله وشا زيد
فقال قد شئت لم تطلق لانه قيد وقوع طلاقها بشرطين هما مشية الله ومشيتها
ولذلك لم يقع الطلاق ولو قال انت طالق ان شا زيد وكان زيد مجنونا فقال
قد شئت لم تطلق لان المجنون لا مشية له ولو كان سكرانا فشا طلقت لتستوي الاحكام
فاجرى عليه حكم وفيه وجه اخر انها لا تطلق لان سكره يوجب تغليظ الحكم على نفسه
لا يوجب تغليظه على غيره ولو قال انت طالق ان شا زيد وكان اخرس فشا بالاشارة

طلقت ولو كان ناطقا فخرس ثبتنا بالاشارة قال ابو حامد الاسفرايني يطلق
لانه بمنزلة من يعقب وقت الطلاق كان ناطقا فلم يثبت بالاشارة وهذا
عندي غير صحيح لان الاشارة من الاخرس تقوم مقام نطقه مع العجز وقت البيان
ولا اعتبار بما تقدم الا ترى لو كان اخرس في وقت الطلاق ناطقا في وقت
البيان لم يصح منه الا بالنطق دون الاشارة وان صحت منه في وقت الطلاق
بالاشارة لذلك اذا كان ناطقا فخرس فلو قال انت طالق ان شاء الحمار طلقت
وهذا من الشروط المستحيلة لانه لا مشيئة للحمار تجري مجرى قوله انت طالق ان صعدت
السماء فلو نوى وقوع الطلاق فيه على احد هذين الوجهين **فصل**
واذا قال لزوجتيه حفصة وعمرة انتما طالقتان ان شاء الله كان الاستثناء
راجعا اليهما فلم تطلق واحدة منهما الا ان يعين لها في استثنائه ولو قال
حفصة طالق وعمرة طالق ان شاء الله فان اراد الاستثناء عمرة الاخيرة طلقت
حفصة ولم تطلق عمرة وان ارادهما معا لم تطلقا جميعا وان اطلق الاستثناء
ولم يرد به واحدة بعينها كان الاستثناء راجعا اليهما فلم تطلقا لرجوع الاستثناء
والعطف على مذهب الشافعي الى الجميع المذكور وعلى مذهب ابي حنيفة يرده
الى اقرب المذكور فتطلق حفصة لخروجها عن الاستثناء ولا تطلق عمرة لدخولها
في الاستثناء فلو قال اردت بالاستثناء حفصة الاولى دون الثانية حمل
على ارادته وطلقت عمرة الاخيرة دون حفصة الاولى وعند ابي حنيفة تطلقان
معا ولو قال لزوجته انت طالق وطالق ان شاء الله رجع الاستثناء اذا
اطلقه الى الطلاقين فلم يقعا وعند ابي حنيفة يرجع الى الثاني ويقع الاول
فصل واذا وصل طلاقه بمشيئة الله غير مريد باول كلامه
الاستثناء بمشيئة الله صح استثناؤه ولان الكلام المتصل يعتبر حكم اوله باخره
وقال بعض اصحابنا لا حكم للاستثناء حتى ينويه عند لفظة الطلاق

فان لم ينوه مع اول كلامه بطل وهو فاسد لما ذكرناه **فصل** ولو قال
انت طالق ان شاء الله بالفتح طلقت بخلاف المكسورة لانها بالكسر شرط
وبالفتح تعليل وهكذا لو قال انت طالق اذ شاء الله طلقت بخلاف قوله
اذا شاء الله لان اذ للماضي فلم يكن شرطا واذا للمستقبل فكانت شرطا والله اعلم

باب طلاق المريض

قال الشافعي وطلاق المريض والصحيح سواء كان الطلاق ثلاثا او دونها وقال
[illegible] طلاق المريض لا يقع لاجل التهمة في الازواج وهذا خطا لعموم قول
الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولقول النبي صلى
الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق ولان
عقد النكاح اغلظ من حله ثم نكاح المريض يصح فحله بالطلاق اولى ان يصح ولانه لما
صحت الطهارة [illegible] اولى ان يصح منه الطلاق لان حله اغلظ **مسئلة**
قال الشافعي فان طلقها مريضا ثلاثا فلم يصح حتى مات فاختلف اصحابنا قال المزني
قلت وقد ورث عثمان [illegible] من عبد الرحمن بن عوف في مرضه وقول ابن الزبير
لو كنت انا لم ار ان ترث قال وقد قال في كتاب العدد ما يقول ان
لا ترث المبتوتة قول يصح وقد ذهب اليه بعض اهل الاثار وقال [illegible]
امراة لا يرثها ولا ترثه [illegible] واعلم ان الطلاق في قطع التوارث بين الزوجين
ينقسم ثلاثة اقسام قسم يقطع التوارث فهو الطلاق البائن في الصحة او في
مرض غير مخوف والبائن طلاق غير المدخول بها وطلاق الثلث والطلاق في
الخلع فلا يرثها ولا ترثه سوا كان الموت في العدة او بعدها لارتفاع
النكاح بينهما وهذا اجماع وقسم لا يقطع التوارث بينهما وهو الطلاق الرجعي
سوا كان في الصحة او في المرض يتوارثان فيه ما لم تنقض العدة وان مات
ورثته وان ماتت ورثها فاذا انقضت العدة فلا توارث بينهما وقسم مختلف فيه

وهو الطلاق البائن في المرض المخوف اذا اتصل بالموت فان لم يمت
لم يرثها اجماعا وان مات فقد اختلف الفقهاء في ميراثها منه واختلف قول
الشافعي فيه على قولين نص عليهما في الرجعة والعدد والاملاء على مسائل مالك
وليس له في القديم فيها نص احد القولين انها ترثه وبه قال من الصحابة
عمر وعثمان وعلي ومن الفقهاء مالك وربيعة والليث بن سعد والاوزاعي
وسفيان الثوري وابو حنيفة واصحابه واحمد بن حنبل والقول الثاني
انها لا ترثه وبه قال عبد الله بن الزبير وربما اضيف الى عبد الرحمن
ابن عوف وقول ابن ابي مليكة وحكي عن اهل الاثار وبه قال عبد الله بن الزبير
وربما اضيف الى عبد الرحمن بن عوف وقول ابن ابي مليكة وكثير من اهل
الاثار وبه قال المزني وداود فاذا قيل بالاول انها ترث فدليله مع الاجماع
المنقول عن الصحابة وهو ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال في
المبتوتة في المرض ترث وروي ان عبد الرحمن بن عوف طلق تماضر بنت
الاصبغ الكلبية في مرضه فورثها منه عثمان بن عفان بعد مشاورة علي
ابن ابي طالب رضي الله عنهما فقيل انها صولحت عن ربع ثمنها الذي كان اربعا
على ثمانين الف درهم وقيل على ثمانين الف دينار وروي محمد بن ابراهيم
التيمي ان عبد الرحمن بن مكمل طلق زوجته وكان به الفالج فمات بعد
سنة فورثها منه عثمان وروي ان عثمان بن عفان وهو محصور طلق
واحدة من نسائه فورثها منه علي بن ابي طالب وقال طلقها في مرض
الموت وليس يعرف لهذه القضايا في الصحابة مخالف فاما قول ابن الزبير
لو كنت انا لم ارى ان ترث مبتوتة فمعناه لم يبلغ اجتهادي الى ان ترث
مبتوتة ثم يقول الشافعي لو كنت انا لم اهتد الى هذا لكان هذا
مرفوعا من قبل ... مع عدم المخالف فيه اجماعا ولانها في حال
يعتبر عطاياه فيها من الثلث فوجب ان ترثه كالبائن بالموت ولانه متهم

في منعها من الارث فاشبه القاتل المتهوم في استعجال الارث فلما كانت
التهمة بالقتل مانعة من الميراث وجب ان تكون التهمة بالطلاق
مانعة من اسقاط الميراث ولان بالمرض قد تعلقت حقوق الورثة بعين
ماله بدليل انه ممنوع من العطايا فيما زاد على الثلث كالوصايا بعد الموت
فاقتضى ان يكون ممنوعا من اسقاط حقوقهم من ميراثهم لتعلقها بتركته
واذا قيل بالثاني وانها لا ترث وهو اشبه القولين واولاهما فدليله
ما رواه ابو سعيد المقبري خلافه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا ترث
المبتوتة وهذا ان صح نص لا يسوغ خلافه ولانها فرقة تقطع ارثه
منها فوجب ان تقطع ارثها منه اصله الفرقة في الصحة ولانه ارث ينقطع
بالفرقة في حال الصحة فوجب ان ينقطع بالفرقة في حال المرض اصله ارث
الزوج ولان للنكاح احكاما من طلاق وظهار وايلاء وتحريم الجمع بينها وبين
اختها وخالتها وعمتها وثبوت الميراث وعدة الوفاة فلما انتفى عن هذه
المبتوتة في المرض احكام النكاح في غير الميراث انتفى عنها احكام النكاح
في الميراث وتحريره قياسا انه حكم مختص بالنكاح فوجب ان ينتفي عن
المبتوتة في المرض كسائر الاحكام ولان فسخ النكاح في المرض بسبب من جهتها
كالردة والرضاع يمنع ميراثه منها وان توجهت التهمة اليهما جميعا
من وجوده في الصحة والمرض وجب ان يكون وجوب الفرقة من جهته
يمنع ميراثها منه يستوي فيه الصحة والمرض فاما الجواب عن استدلالهم
بالاجماع فهو ان الخلاف فيها حاصل وهو قول عبد الله بن الزبير
لو كنت انا لم ارى ان ترث مبتوتة وهو صحابي من اهل الاجتهاد
سيما في ايام عثمان وروي ان عبد الرحمن بن عوف قال والله
لا اورث تماضر ثم طلقها في مرضه فقيل له اتهمت من ... فقال ما

تورث من كتاب الله ان كان لها فيه ميراث فاعطوها فصالحها عثمان
ابن الربع على ثمانين الفا ولو سقط ارثه ما صولحت لجواز ان
تكون فيه اجماعا ولكن لاحتمال الامر عند عثمان لعدم نص مختلفا
وجواب ثاني وهو ان ابا سلمة بن عبد الله بن عبد الرحمن بن عوف روى
عن ابيه انه قال لا تسالني امراة من نسائي الطلاق الا طلقتها فغضب عاصم
وسالته الطلاق فغضب عبد الرحمن وطلقها وعاصم هي ام ابي سلمة
وهو اعرف بحالها وقد روي انها سالت الطلاق وابو حنيفة لا يورثها
اذا سالت الطلاق فلم يكن له فيه دليل لو كان اجماعا ولان ابا سلمة روى
انه مات بعد انقضاء عدتها وان موته كان بعد سنة او اكثر من
طلاقها وعند ابي حنيفة انها لا ترث بعد انقضاء عدتها فخرج ان يكون
له فيه دليل وان قيل فقد روى عروة ابن الزبير انه مات وهي في
العدة وروى ابن ابي مليكة انه مات في عدتها بعد حيضتين قلنا ابو سلمة
اعرف بحالها لانه ابنها من الاجانب ولان نقله ازيد فكان
الاخذ به احق واما قياسهم على الفرقة بالموت فالمعنى فيها انها لا تمنع
من ميراث ما منه واما استدلالهم بالقتل فهو استدلال العكس
لان القتل منع من ميراث كان مستحقا فهم جعلوا الطلاق المنقوض ميراثا
كان ساقطا وليس لاعتبار التهمة فيه وجه لان التهمة لو وجدت في الفرقة
التي من جهتها لم تورث فكذلك في الفرقة التي من جهته واما الجواب
عن استدلالهم بان حقوق الورثة قد تعلقت بعين ماله فغير مسلم لانه لو اعتقه
في شهواته وملاذه لم يمنعه ولو سلم لهم لتعلق به حق من كان وارثا
عند موته وليست هذه وارثة عند الموت فلم يصح الاستدلال
فصل اذا اقتضى توجيه القولين بان قلنا بالثاني لا ترث
فلا تفريع عليه سواء كانت المبتوتة في العدة او بعدها سالته الطلاق
او لم تساله واذا قلنا بالاول انها ترث ففي ميراثها بعد انقضاء عدته

اذا قيل اخرها وهو مذهب ابي حنيفة انها ترثه متى كانت في عدتها
وهي عدة الطلاق بالاقراء وان انقضت عدتها لم ترث لانقضاء العدة
من بقايا علق النكاح والحرمة معها الحدث وسقط بانقضائها والقول
الثاني بانها ترثه ما لم تتزوج وهو مذهب ابن ابي ليلى واحمد بن حنبل
وان تزوجت لم ترث لانها قد رضيت باسقاطها بطلانه والقول الثالث وهو
مذهب مالك انها ترثه وان تزوجت لان حقها لم يسقط بالتزويج ما ثبت من
الحقوق فصل واذا تقرر ما بينا انها على ما ذكرنا من الاقاويل الثلثة
فانها ترثه اذا لم تختر طلاقه بنفسها فان اختارت طلاقه لم يجز ان ترث
واختيارها للطلاق قد يكون من وجوه منها ان تساله الطلاق فيطلقها او
يعلقه بمشيتها فتشا طلاقها او يعلقه بفعلها فتفعله مما لها منه بد
كقوله ان دخلت الدار او كلمت زيدا او لبست هذا القميص او اكلت
هذا الرغيف فانت طالق ففعلت ذلك فيكون على اختيارها للطلاق لانها
تجد من ذلك بدا لان لا تدخل الدار ولا تكلم زيدا ولا تلبس ذلك القميص ولا تاكل ذلك
الرغيف فاما ان علقه بفعل ما لا تجد منه بدا كقوله ان اكلت او شربت
او قمت او قعدت فانت طالق ففعلت ذلك عند الحاجة اليه فهي غير مختارة لطلاقها
فلها الميراث وان فعلته قبل وقت الحاجة اليه ففيه وجهان احدهما تجري عليها
حكم الاختيار اعتبارا بوقت الفعل لانها تجد من تقديمه قبل الحاجة بدا والثاني
الفعل لانها لا تجد من فعله بدا وكذلك لو خالعته دل الخلع على اختيارها
نفسها الطلاق بالخلع من الميراث هذا مذهب الشافعي وابي حنيفة وقال مالك
لها الميراث وان اختارت الطلاق وسالته وقال ابو علي ابن ابي هريرة ان لها
تعليقا بان عاصم بنت الاصبغ الكلبية سالت عبد الرحمن بن عوف الطلاق
فورثها عثمان رواية لما كان القتل مانعا من الميراث لم تقع الفرقة به بين
ان يكون عن سؤال وغير سؤال الحق لو قال له الموروث اقتلني فقتله لم يرثه
فهلا الطلاق في المرض لما كان موجبا للميراث لم يمنع الفرق بين ان يكون
عن سؤال وغير سؤال وهذا فاسد لان استحقاق الارث انما كان لاجل التهمة

في الارث فاذا اختارت فسالت بدأت التهمة فسقط موجب الارث
والثاني اذا سألت واحدة دون صارت الفرقة منسوبة اليها فجرى مجرى
فسخها بالعيوب التي لا توجب ميراثا ولا مهانة منها واما غير [illegible] ما
احدثه وان سألت الطلاق صلحا الدار انه لم يطلقها حتى سألته
لانه امسكها حتى حاضت ثم طهرت ثم طلقها واذا المحرم طلاقه عن سؤالها
لم يكن جوابا صار طلاقا مبتدأ وقيل انها سألته في حال الصحة فطلقها في المرض
واما الاثرين في الارث فوجوده كعدمه في الحظر سواء كان علم الميراث بها
وحالف سؤال الطلاق والله اعلم **مسألة** قال المزني وقال
فيه لو اقر في مرضه انه طلقها في صحته ثلثا لم ترثه وحكم الطلاق في الاقرار
والاقرار عندي سواء وهذا كما قال اذا اقر في مرضه انه كان قد طلقها في
صحته يقبل اقراره لانه حال يملك فيها ايقاع الطلاق فصح منه
الاقرار بالطلاق ويكون طلاقا في الصحة دون المرض لا ترث منه قولا واحدا
لكنها تعتد من وقت اقراره ولا يقبل قوله في سقوط نفقتها ونقل عن ابي
حنيفة ومالك انها ترثه للحوق التهمة في اقراره بحقوقها في طلاقه وهذا خطأ
لان ايقاع الطلاق غير مظنون في حال الاقرار الا ترى لو حلف بالطلاق واقر بالطلاق
لم يحنث فلم يجز ان يضاف طلاق الصحة الى حال المرض وان كان مقرا به في المرض
فصل ولو قال لها في صحته اذا قدم زيد في مرضه طلقت لا ترث قولا واحدا
وان كان وقوع الطلاق في المرض لعقده في الصحة وانتفاء التهمة عنه
في الاول وهكذا لو قال في صحته انت طالق راس الشهر فاهل الشهر
وهو مريض طلقت ولم ترث لعله ما ذكرنا وبه قال ابو حنيفة وقال
مالك ترث انها طلقت في المرض وهو لو فرد دونها وضعفا من انتفاء
التهمة عنه ولو قال لها في صحته انت طالق في يوم مرضي طلقت فيه
وبان لها الميراث على ما ذكرنا من الاذالة ولكن لو قال لها في صحته
انت طالق قبل موتي بشهر ومات بعده بشهر من قوله طلقت قبل

قبل موته بشهر وان كان في وقت وقوع الطلاق عليها صحيحا لم ترثه لانه
طلاق في الصحة وان كان مريضا فالصحيح انها لا ترثه لانه عقد طلاق
في الصحة وفيه وجه انها ترثه لانه لما قيده بزمان الموت صار متهوما
بالغرض له ولكن لو قال في اخر جزء من صحته المتصلة باول اسباب موته طلقت
فيه ولم ترث وان كان متهوما لانه طلاق في الصحة فلم يجز ان يورث فيه
ولكن لو علق طلاقها في صحته بفعله ثم اوقع الفعل في مرضه مثل ان يقول وهو
صحيح ان كلمت زيدا فانت طالق وان دخلت الدار فانت طالق ثم كلم زيدا في مرضه
او دخل الدار في مرضه فلها الميراث لانه متهم بايقاع الفعل فيه **فصل**
ولو طلقها في مرضه المخوف ثم صح منه ثم مرض ومات لم ترثه وبه قال ابو حنيفة
ومالك وقال زفر بن الهذيل ترث لانه طلاق المريض وهذا ليس بصحيح لان
تعقب الصحة قد اخرج مرض الطلاق ان يكون مخوفا ولو طلقها في المخوف فقتل
منه او افترسه سبع او نهشته افعى كان موته من غيره وان اصحابنا لم ترث
لان حدوث الموت من غيره ينفي عنه حكم الخوف وهكذا لو طلقها في مرضه
ثم ارتدت عن الاسلام ثم عادت اليه قبل موته لم ترثه في قول الجميع لانها
صارت بالردة في حال لو مات فيها لم ترثه ولو كانت ذمية فطلقها في مرضه
ثم اسلمت قبل موته لم ترثه لانه لو مات وقت طلاقه وقبل اسلامها لم ترثه
فانتفت التهمة عنه ولو اسلمت ثم طلقها ورثت ولو قال لها في مرضه
اذا اسلمت فانت طالق فاسلمت ورثت للتهمة وهكذا لو كانت زوجته امة فطلقها
في مرضه ثم اعتقت لم ترث ولو اعتقت ثم طلقها ورثت فلو وقع الطلاق في حالة
واحدة وذلك بان علق الزوج طلاقها بقدوم زيد وعلق السيد عتقها
بقدوم زيد فكان قدوم زيد موجبا لطلاقها وعتقها فعلى وجهين في حكم
الاسبق منهما وان سبق الزوج السيد فقال ان قدم زيد فانت
طالق ثم تلاه السيد فقال ان قدم زيد فانت حرة فلا ميراث لها

لارتفاع التهمة عن الزوج وان سبق السيد فقال ان قدم زيد فانت طالق
فلها الميراث لتهمة الزوج ولو قال لها السيد ان طلقك الزوج غدا فانت
اليوم حرة وطلقها الزوج من الغد لتنافي موته لم ترث قولا واحدا سواء علم
الزوج بذلك ام لا لان العتق لا يقع الا بالطلاق ولو قال الزوج في مرضه ان
اعتقك السيد غدا فانت اليوم طالق ثلثا واعتقها السيد في غد
ففيه لاصحابنا وجهان احدهما لها الميراث لتهمة الزوج بكون طلاقه المتوكد
في المرض والثاني لا ميراث لها لتقدم الطلاق على العتق ولو اختلفت مع ورثته
الزوج فقالت طلقني بعد عتقي فلي الميراث وقال الورثة طلقك بعد عتقك
فلا ميراث لك فالقول قول الورثة مع ايمانهم ولا ميراث لها لان الاصل بقاء عدم الارث
حتى يتحقق سببه ولو اختلفت هي وورثة الزوج فقالت طلقني في مرضه
فلي الميراث وقال الورثة طلقك في الصحة فلا ميراث لك فالقول قول
الزوجة مع يمينها ولها الميراث لان الاصل فيها استحقاق الميراث ولانها
على يقين من حدوث وفي شك من تقدمه

فصل واذا طلقها في مرضه طلاقا رجعيا ثم مات في عدتها ورثته قولا واحدا لانه لو طلقها
طلاقا في الصحة ورثت به فلان ترث به في المرض اولى ولو مات
منه بعد انقضاء عدتها لم ترثه قولا واحدا الا ان يجدد الطلاق ولا يسقط
الميراث فلم يتهم فيه وانما منعها الميراث انقضاء العدة وليس من جهته

فصل ولو فسخ نكاحها في مرض موته باحد العيوب ففيه وجهان احدهما انه في حكم
الطلاق في مرضه فترثه لانها فرقة في المرض هو متهوم بها والوجه
الثاني لا ترثه قولا واحدا لامرين احدهما انها فرقة بسبب من جهتها
فضعفت تهمته والثاني ان الخيار بالعيب العلم به اسقط حقه من الفسخ
فخالف الطلاق الذي لا يسقط حقه منه بالتاخير (لم ترثه)

فصل واذا ارتد في مرضه عن الاسلام فبانت منه ثم عاد الى الاسلام ثم مات ففي الحاق
الطلاق امران احدهما ان الردة غير موضوعة للفرقة وان كانت من احكامها
فخالف حكم الطلاق الموضوع للفرقة والثاني انه غير متهوم بالردة
في قصد ارداتها لما يتعلق عليه من احكامها ما يخالف الطلاق

فصل واذا لاعنها في مرضه ثم مات ففي اختلاف اصحابنا في ميراثها
منه على ثلثة اوجه احدها ترثه كالمطلقة لحوق التهمة فيه كالطلاق
والثاني لا ترثه لان لحوق المعرة به في لعانه دعا الى لعانه ونفي نسب ولده
عنه سقط عنه التهمة في فرقته فلم ترثه والوجه الثالث ان لاعنها في المرض
عن قذف في الصحة لم ترثه وان لاعنها عن قذف في المرض ورثته لان
تقدم السبب في المرض ينفي عنه التهمة

فصل واذا قال لها في مرضه ان صليت فانت طالق او قال لها ان صمت فانت طالق فصلت وصامت
نظر فان فعلت ذلك تطوعا طلقت ولا ميراث لها لانها تجد من ترك التطوع بالصلاة
والصيام بدا فصارت مختارة للطلاق فلم ترث وان صلت وصامت فرضا
طلقت ولها الميراث لانها لا تجد من فرض الصلاة والصيام بدا فلم تصر
مختارة للطلاق ولو قال لها ان كلمت ابويك فانت طالق فكلمتهما طلقت ولها الميراث
لانها لا تجد من كلام ابويها بدا وقال الحسن ابن زياد اللؤلؤي ان كلمت ذا رحم ورثت
كالابوين وان كلمت غير ذي محرم لم ترث والفرق بينهما عندنا ما ذكرناه

فصل وان طلق في مرضه اربع زوجات له ثلثا ثم تزوج اربعا سواهن ومات عنهن
وقيل بتوريث المبتوتة في الميراث ففيها ثلثة اوجه احدها ان الميراث للزوجات
وهو الربع او الثمن يكون مشتركا بين الاربع المطلقات والاربع المزوجات اثمانا
ان كل واحدة منهن تستحق الميراث والوجه الثاني ان الميراث يكون للاربع المطلقات
دون الاربع المزوجات لان حق المطلقات اسبق وحق المزوجات والوجه
الثالث ان الميراث يكون للاربع المزوجات دون المطلقات لان حقوق الزوجات
ثابت بالنص وحقوق المطلقات بالاجتهاد ولو تزوج بعد الاربع اثنتين ثم مات
فعلى الاوجه الثلثة ان الميراث مقسوم بين الست كلهن والثاني انه للاربع
المطلقات والثالث انه للزوجين نصفين والنصف الباقي بين الاربع المطلقات
والله اعلم

باب الشك في الطلاق

قال الشافعي رحمه الله لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الشيطان
يأتي احدكم فينفخ بين اليتيه فلا ينصرف حتى يسمع صوتا او يجد ريحا علمنا انه
لم يزل اليقين طهارته الا بيقين حدث فكذلك من استيقن نكاحا ثم شك في الطلاق
لم يزل اليقين الا بيقين اما شكه في اصل الطلاق هل طلق ام لا فلا طلاق
عليه اسقاطا لحكم الشك واعتبارا بيقين النكاح وان احكام الشرع مستقرة
على تغليب اليقين لا على الشك لحديث ابي سعيد الخدري ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال اذا شك في صلاته فلم يدر كم صلى اثلاثا ام اربعا فليبن على ما استيقن ولقوله
صلى الله عليه وسلم ان الشيطان يأتي احدكم فينفخ بين اليتيه فيقول احدثت احدثت
فلا ينصرف من صلاته حتى يسمع صوتا او يجد ريحا فأمره في هذين الخبرين ان يعمل
على اليقين فيما يؤديه وفيما التزم من حدثه واسقط حكم الشك ان يتعلق به حكم
فلذلك في الطلاق يلزم ما تيقنه ويسقط ما شك فيه وكذلك سائر الاحكام
فان قيل فقد تركتم هذا الاصل في مواضع غلبتم فيها حكم الشك على اليقين
منها في صلاة الجمعة اذا شك في خروج وقت صلاة العصر غلب حكم الشك واتموها
ظهرا فالجواب عن هذا ان اصحابنا اختلفوا فيه فذهب ابو اسحق المروزي
الى انه يتم جمعة تغليبا لحكم اليقين في بقاء الوقت فسقط هذا الاعتراض
وقال غيره من اصحابنا انه يتمها ظهرا لا لان الشك ظهر الا ان فرض الصلاة متيقن فلم
يسقط الا بيقين الاداء واداء الجمعة يصح بشرطين وهو بقاء الوقت فلم يصح اداؤها
مع الشك في وجود شرطها فلذلك اتموها ظهرا فعلى هذا انما هو
تقابل اصلين لانك العمل على اليقين فيهما فوجب اعتبار حكم اليقين في اوكدهما
ومنها الملفوف في ثوب اذا ضربه ضارب فقده واختلف في حياته قبل ضربه
القول فيه قول ضاربه فقد غلب الشك على اليقين في حياته قلنا اما القود
فلا يجب لانها شبهة والقود يسقط بالشبهة واما الدية ففيها قولان
احدهما تجب اعتبارا باليقين في بقاء الحياة فعلى هذا قد تقابل اصلان
احدهما بقاء الحياة في وجوب الدية والثاني براءة الذمة في اسقاطها

تغليب حكم اليقين في احد الاصلين وهو براءة الذمة وليس كذلك في الطلاق
لانه اصل واحد لم يعارضه غيره فاعتبر اليقين فيه ومنها ان العبد الآبق
اذا اعتقه عن كفارته لم يجزه والاصل بقاء حياته فقد غلب الشك
في عتقه عن الكفارة انه لا يجزي لجواز ان يكون ميتا وعليه زكاة فطره
لجواز ان يكون حيا فغلب حكم الحياة في الزكاة وحكم الموت في الكفارة ومن
اصحابنا من نقل كل واحدة من المسألتين الى الاخرى وخرجهما على قولين احدهما
يجزي عتقه في الكفارة وتجب فيه زكاة الفطر تغليبا لليقين في بقاء الحياة والثاني
لا تجب فيه زكاة الفطر ولا يجزي عتقه في الكفارة تغليبا لحكم اليقين في براءة
الذمة لانه تقابل فيه اصلان فترجح اليقين في اوكدهما وليس كذلك الطلاق الذي هو اصل
واحد فوجب اعتبار اليقين فيه **فصل** فاذا تقرر ما وصفناه فالشك في
الطلاق على ضربين احدهما ان يشك في اصله والثاني ان يشك في عدده
فان كان شكه في اصله هل طلق ام لا لم يلزمه الطلاق اعتبارا باليقين في بقاء النكاح
واسقاطا للشك في رفعه بالطلاق وهذا يستحب له الورع ان يلتزم حكم
الطلاق حتى يستبيح بضعها بيقين فان كان الشك في طلقة واحدة
هل اوقعها ام لا فالتزامه لحكمها ان يراجعها وان كان قد طلق حلت له
بالرجعة وان نكح قد طلق لم تقف الرجعة وتستقر على طلقتين وان كان
الشك في الطلاق الثلاث هل اوقعها ام لا فالورع ان لم يرد الاستمتاع بها
ان يعتزلها ويلتزم نفقتها فيغلب الشك في التزام الوطء واليقين في التزام النفقة
وان اراد الاستمتاع بها ان يطلقها ثلاثا لتستبيح نكاح غيره بيقين وان كان قد طلقها
من قبل لم يقع بهذا الطلاق وان لم يكن قد طلقها من قبل وقع هذا الطلاق
وحلت به لزوج بعده واذا استحلت بزوج حلت له ان ينكحها وهي مستباحة
بيقين هذا في الورع وان لم يلزمه في الحكم ان يراجع اذا شك في الواحدة
ولا ان يعتزل او يطلق اذا شك في الطلاق الثلاث بل يكون على اصل الاباحة
والاحلال في الحالين اعتبارا باليقين في اصل النكاح واستدامة الحكم **فصل**

وإن كان الشك في عدد الطلاق مع يقينه وقوعه مثل أن يشك هل طلق واحدة
أم ثلاثا لم يحكم بأنه لم يلزمه إلا اليقين وبه قال أبو حنيفة وأكثر الفقهاء وقال مالك يلزمه
الأكثر مما شك فيه وهو الثلاث فلا تحل إلا بعد زوج وإذا تزوجها بعد زوج
ثم طلقها واحدة فطلقت ثلاثا لجواز أن يكون طلقها في النكاح الأول ثنتين فعلى
على واحدة وإذا تزوجها ثالثة بعد زوج ثالث وطلقها واحدة طلقت ثلاثا
لجواز أن يكون قد طلقها في النكاح الأول واحدة ويسمى الطلاق الدولابي
واستدل على التزامه مع الشك حكم الأكثر بأن الشك في الحظر والإباحة يوجب
تغليب الحظر على الإباحة كمن اختلطت أخته بأجنبية حرم عليه نكاحها تغليبا
للتحريم وكمن أصاب ثوبه نجاسة فلم يعرف موضعها غسل جميعه تغليبا للنجاسة
وكمن طلق إحدى زوجتيه ولم يعرفها حرمتا عليه بالتأبيد تغليبا لحكم الطلاق
كذلك إذا شك في عدد الطلاق لزمه الأكثر تغليبا للطلاق ودليلنا مع ما
قدمناه من الخبر أنه شك في طلاق فلم يحكم بوقوعه كالشك في أصل
الطلاق ولأن ما لو وقع الشك في أصله بني على اليقين وجب إذا وقع
في عدده أن يبني على اليقين كالصلاة ولأنه إسقاط حق فلم يلزم بالشك
كالإبراء فأما الجواب عن استدلالهم بتغليب الحظر على الإباحة فهو أن ذلك
يكون مع اجتماعهما دون الشك فيهما وإلا لا أصل تغليب حكم وأما الثوب إذا شك
في موضع النجاسة منه فغسل جميعه لأن وقوع النجاسة فيه قد منع
من الصلاة فيه فلم يستبحها فيه إلا بيقين طهارة وذلك على جميعه وأما الأخت
والأجنبية فلأن التحريم قد ثبت فلم يستبح إحداهما بالشك وكذا إذا اشتبه
المطلقة من زوجتيه وليس كالشك في الطلاق لأنه ثبت تحريم الطلاق
الثلاث فلم يلزم تحريمها بالشك والله أعلم **مسألة** قال الشافعي
ولو قال الحنث بالطلاق أو العتق ووقف عن نسائه ورقيقه حتى يتبين ويحلف
للذي يدعي وإن مات قبل ذلك أقرع بينهم فإن خرج السهم على الرقيق
عتقوا من رأس المال وإن خرج على النساء لم يطلقن ولم يعتق الرقيق والورع

أن يدع ميراثه وصورتها في رجل تيقن حنثه بطلاق نساء أو عتق
إمائه وأشكل عليه فلم يعلم هل كان بطلاق النساء أو عتق الإماء مثل أن
يقول وقد رأى طائرا إن كان هذا الطائر غرابا فنسائي طوالق وإن لم
يكن غرابا فإمائي أحرار وطار الطائر ولم يعلم أغرابا كان أو غير غراب فقد صار
متيقنا للحنث في أحدهما وإن لم يتعين فيتعلق بهذه أربعة أحكام أحدها
أن يمنع منهما قبل البيان منع تحريم فلا يحل له وطء النساء ولا الاستمتاع بالإماء
ولا النظر فيهن تغليبا لحكم الحظر لأن التحريم فيهما واقع بيقين والشك
واقع في المعين فجرى مجرى اختلاط أخته بأجنبية يوجب تحريمهما عليه
لوقوع التحريم مع الجهل بالمعين وإذا حرم عليه النساء بالشك حرم عليهن
أن ... وخرج عن يده بالشك وذلك لا يحرم عليهن أن يمتعن في أنفسهن
ووقف أمر الفريقين على البيان **فصل** والحكم الثاني أن يوجب
نفقات النساء ونفقات الإماء وإن حرمن عليه لأن تحريمهن بسبب الشك
ولأن نفقاتهن واجبة قبل الشك فلم يسقط عنه بالشك لكن يسقط حق القسم
للنساء لتحريمهن كالمحرم بالردة والإحرام ويوقف كسب الإماء إن منعهن أو
السيد منه حتى يتبين عتقهن فيملكن الفاضل من أكسابهن أو يتبين رقهن
فيكون ملكا للسيد فلو أراد السيد أن يستخدمهن ويستوفي عليهن
وأردن أن يكتسبن لأنفسهن وينفقن من كسبهن ففيه وجهان أحدهما
أن القول قول السيد تغليبا لسابق الملك والوجه الثاني أن القول
قولهن تغليبا لحكم التحريم **فصل** والحكم الثالث أن يؤخذ ببيان الحنث
هل كان في طلاق النساء أو عتق الإماء إن كان عنده بيان وإن لم يبين شيئا فيما ...
لأنه لما كان مقبول القول في وقوع العتق والطلاق كان مقبول البيان في
الصفة التي يقع بها العتق والطلاق كان مقبول البيان في الصفة التي يقع
بها العتق والطلاق فإن قال كان الحنث بطلاق النساء لأن الطائر كان غرابا فقد
طلق النساء بإقراره وإن صدقه الإماء ... على رقهن والتمسن عليه وإن ادعى
حلف لهن وكن على الرق فإن نكل عن اليمين ... ردت اليمين عليهن فإذا

حلفن عتقن باماتهن بعد نكوله وطلق النسا باقراره ولو ادعينه ولم يسال الطالب
فهل يحلفه الحاكم عنهن ام لا على وجهين احدهما يحلفه لان قولهن في نفسه
مقبول بغير بينة ولا يحلف في حق الله تعالى الحلف ان صدقنه فدل على انه
من حقوقهن وان قال الحانث بعتق الاما لكن الطاير لم يكن غرابا عتق
الاما ان صدقنه النسا والا حلف لهن ثم هن بعد ايمانه زوجات وان نكل
عن اليمين لهن ردت اليمين عليهن وان حلفن طلقن باقرارهن بعد نكوله
وعتق الاما باقراره وان امسك عن البيان ولم يبين طلاق النسا ولا عتق
الاما لطول امساكه وان حكم عليه بالحال الحبس لهن حتى يبين فان تطاول
البيان فهل يحبسه الحاكم للحبس وكان النسا والاما موقوفات على التحريم ما بقي
حتى يموت ولو قال امسكت عن البيان لجهلي به فلان بما امسكت عنه مع علمك به حلف
لهن ولم يحبس فان نكل عن اليمين ردت عليهن وحبس لهن ورجع بيانهن ان كان
عنده هن على ما لو رد اليمين عليهن واذا نكل عن اليمين لهن وان اتفق الفريقان
على ان الحنث كان بطلاق النسا لان الطاير كان غرابا احلف النسا
ولم يحلف الاما وطلق النسا باماتهن ولم يرق الاما ان ذلك السيد في عتقهن
وان اتفقوا على الحنث كان بعتق الاما لان الطاير لم يكن غرابا احلف دون
النسا وعتق اماتهن ولم يحلف النسا ان ذلك الزوج في طلاقهن وان حلف
العو... بعد ادعا النسا الحنث بطلاقهن لان الطاير كان غرابا وادعا
الاما ان الحنث بعتقهن لان الطاير لم يكن غرابا حلف لكل واحد من
الفريقين على ما ادعاه وطلق النسا باماتهن وعتق الاما بايمانهن **فصل**
والحكم الرابع اذا لم يكن عنده بيان اذ كان يعلم بين ... فهل يرجع الى
بيان ورثته ام لا على وجهين احدهما يرجع الى بيانهم لقيامهم بالموت مقامه
فعلى هذا يقوم بيانهم مقام بيانه على ما مضى والوجه الثاني وهو
اصح مذهبا وحجاجا انه لا يرجع الى بيانهم اما المذهب فلقول الشافعي

هاهنا فان مات اقرع بينهن ولم يقل انه يرجع الى بيان ورثته واما
الحجاج فلانهم يا خذون البيان عنه واذا لم يكن عنده فهم بذلك اولى
لانه لم يتبع منهم الطلاق فلم يرجع اليهم بيانه فعلى هذا يقرع
بين الاما والنسا سوا كان عند الورثة ام لا وهكذا لو رجع الى بيانهم
فلم يكن عندهم بيان اقرع بينهم واذا وجب الاقراع فمنع جمع بين النسا في
قرعه وبين الاما في قرعه ... العتق والطلاق لان للعتق مدخلا
في القرعه يتخطى في هذا الموضع وان قيل وليس للطلاق مدخلا
في القرعه فلم دخل في هذا الموضع وفي ذلك ادخاله قرعه في شيئين
ليس لاحدهما مدخل في القرعه قيل قد يجوز اذا لم يثبت حكم الشيئين
بسبب واحد ان لم يثبت به احدهما كما ان القطع مع الغرم في السرقه لا
يثبت الا بشاهدين ويجوز ان يثبت الغرم وحده بشاهد وامراتين
وان لم يثبت به القطع **فصل** فاذا ثبت جواز القرعه فان خرجت
القرعه للاما عتقن من راس المال الا ان يكون عقد اليمين في المرض فيعتقن
من الثلث وكان النسا زوجات يحل لهن بالميراث لان الارث منحي فلذلك
ان كل يسقط بان تلك النفقه وان خرجت القرعه على النسا
لم يطلقن ورق الاما وقال ابو ثور تطلق النسا بالقرعه كما يعتق الاما
بها استدلالا بان العتق والطلاق يجتمعان في وقوعهما على الحسابه
والعدد فوجب ان يجتمعا في دخول القرعه بينهما والانجاز داخله في مثلى العتق
والطلاق ولذلك غلب ... الطلاق من العتق وهذا خطا لانه لو طلق واحده
من نسايه ولا يعنيها لم يقرع بينهن ولو اعتق واحده من امايه او عبيده
اقرع بينهن فدل على ... دخول القرعه في العتق دون الطلاق واما دخول
القرعه في العتق لان العتق يحله السلكدا والقرعه تدخل في الملك فجاز ان يدخل

يما لو نجعله في الملك وليس كذلك الطلاق لان نجعله النكاح والقرعة
لا تدخل في النكاح فلم تدخل فيما لو نجعله في النكاح واذا اعترض بان
خروج القرعة علي النسا لا يوقع عليهن الطلاق فلمن المبرات لانه لم
يثبت ما يسقطه الا ان يكون نفيهن من ادعت طلاقها بكون الطاير غرابا
ولا ترث لاجبارها بسقوط الحدث واما الاما فتنتهي حكم الرق لخروج سهمين
من القرعة وجوز للورثة التصرف فيهن لثبوت رقهن فان قيل
فهلا منع الورثة من التصرف فيهن كما منع السيد قبل القرعة منهما
ان السيد اجتمع في ملكه المحظور والمباح لانه ملك الاما واستباح النسا فغلب
حكم الحظر علي الاباحة لاجتماعهما فيه وليس كذلك الورثة لانهم يملكون
احد العبيدين وهم الاما دون استباحة النسا فلم يجتمع الحظر والاباحة
وكذلك المسلم يغلب حكم الحظر علي الاباحة وصار كالمشكل في حظره
بعد الاباحة فاعتبرنا فيه اصل الاباحة ما دام كون الاما ملكا للورثة
فقد اختلف اصحابنا في ارتفاع الشبهة عنهن علي وجهين احدهما
لا ترتفع الشبهة عنهن لاجل المتقدم في عتقهن وان القرعة لم تدخل
لتصحيح ما يعتق عليه من الطلاق فاولى ان لا تدخل لتصحيح ما لم
يقع عليه من العتق فعلى هذا يجوز للورثة الا استمتاع بهن ولا بيعهن
ويجوز التوصل الى اخذ اثمانهن ويملك كسبهن ولو تورد عوا
كالولي والوجه الثاني ان الشبهة عنهن مرتفعة لان القرعة
تتضمن نفيا واثباتا اما النفي فنفي عتق الاما واما الاثبات فاثبات طلاق النسا
فاذا لم يعمل في اثبات الطلاق لم يتحقق فاذا عملت في نفي العتق تحقق فعلى
هذا يجوز لهم وطي الاما والتصرف فيهن تصرفا دوا **فصل**
واذا قال لها الرجل ان كان هذا الطاير غرابا فنساي طوالق وان
كان يماما فاماي احرار فطار ولم يعلم ما ذا كان كذلك فلا حنث
عليه بطلاق ولا عتق لانه قد يجوز ان يكون الطاير ليس بغراب
ولا يمام بل يجوز ان يكون غيرهما ولو كان بعد ان كان غرابا او غير غراب

لانه لا يشك من احدهما **فصل** ولو ان رجلين قال احدهما ان كان
هذا الطاير غرابا فنساي طوالق وقال الاخر ان لم يكن غرابا فعبيدي
احرار فطار ولم يعلم اغرابا كان او غير غراب فلا حنث علي واحد منهما
والزوج ان يستمتع بنسائه وللسيد ان يتصرف في عبيده لان كل واحد منهما
شاك في الحنث ولم يتحقق حنثه وحال اجتماعهما في ملك واحد لان الحنث
يقين وان جهل بعينه **فصل** واذا قال رجلان ولكل واحد منهما
عبد فقال احدهما ان كان هذا الطاير غرابا فعبدي حر وقال الاخر
ان لم يكن غرابا فعبدي حر فطار ولم يعلم اغرابا كان او غير غراب لم يعتق
عبد كل واحد منهما لشكه في عتقه وان اشترى احدهما عبد الاخر فصارا
معا في ملك احدهما نظرت فان كان ذا بالعتق علي المشتري العبد الذي اشتراه
لانه معترف بحريته وعبده الاول علي رقه وان لم يكن ذا كان ذلك واحد منهما
علي شكه فيه وجهان احدهما انه قد تعين علي المشتري عتق احدهما
كما لو قال ذلك وهما في ملكه لاجتماعهما الان في ملكه فعلى هذا يمنع من التصرف
فيهما حتى يبين الحر منهما والوجه الثاني ان العتق لا يتعين في واحد
منهما لان السيدين قد كان له التصرف في عبده بعد اليمين وكذا اذا اجتمع
في ملك احدهما ولكن لو تبايع كل واحد منهما عبد الاخر وان كان ذا
يعتق كل واحد منهما العبد الذي اشتراه وان لم يكن ذا بالحال فلكل واحد
منهما ان يتصرف في العبد الذي اشتراه وجها واحدا لانهما لم يجتمعا
في ملك مشتري كل واحد منهما فيقوم مقام بايعه فيه والله اعلم
مسالة قال الشافعي ولو قال احداكما طالق ثلاثا منع منهما
واحد بعينها اخذ منهن وهذا صحيح اذا قال وله زوجتان احداكما طالق
ثلاثا طلقت احداهما دون الاخرى فان قال ملك طلقها جميعا معا

ارسال الطلاق عليهما فحصل لكل واحدة منهما نصف طلقة فطلقتا معا
كما لو شرك بينهما وقال داود لا طلاق على واحدة منهما كما لو قال لاحد
هذين الرجلين على الف درهم لم يلزمه لواحد منهما شيء وكلا المذهبين
مدخول ولزمه طلاق احديهما دون الاخرى لما روى عطا عن ابن
عباس ان رجلا من اهل عمان اتاه فقال له لي ثلث نسوة واني طلقت
واحدة منهن ثم نسيت طلاقها فقال ابن عباس ان كنت نويت طلاق واحدة
منهن بعينها ثم انسيتها فقد اشتركن في الطلاق كما اشتركن في الميراث
وان لم تكن نويت واحدة منهن بعينها فطلق ايتهن شئت وامسك
الباقيتين وهذا قول ابن عباس وليس اعرف له في الصحابة مخالفا
فصار اجماعا وقوله ان كنت نويت واحدة منهن بعينها ثم انسيتها فقد
اشتركن في الطلاق يعني في تحريم الطلاق لا في وقوعه على ما
سنذكره ولان الحظر والاباحة اذا اجتمعا لم يغلب حكم الاباحة
اجماعا يسقط به قول داود واذا امكن تمييزها لم يغلب حكم الحظر بتطل
به قول مالك وانه لو قال لعبديه احدكما حر عتق احدهما وسقط المعتق
بينهما احكام الطلاق وفيما ذكرنا انفصال فصل فاذا
ثبت انه يطلق احداهما دون الاخرى فلا تخلو حال المطلقة منهما
من احد امرين اما ان يعينها باللفظ او لا يعينها فان عينها وقت
لفظه وقصدها باشارته او تسميته فهي المطلقة والحرة ان تصرف
الطلاق عنها الى غيرها فان لم يرد سببا ولا اشهد ولا نطلقه سبيل
عنها واحدة منها وان كان قد سببا اوجبت عليه لانه طلقها في طهر اولا
ولا حداد بعقد امرها واحدتها بالاشتغال والتوحد
لما زال الاشتباه لعدم تمييز احديهما فان قولنا ان صدق عليها لم يحلف
وان كذبناه حلف الباقية منهما دون المطلقة فانه لو رجع عن المطلقة
لم يقبل ولو رجع عن الباقية قبل منه وكان الطلاق واقعا وقت لفظه

دون بيانه وكذلك العدة عقيب الطلاق وان لم يعين الطلاق وقت
لفظه وارسله بينهما فله ان يعينه الآن فيمن شاء منهما ولو كان الامر فيه الى خياره
فانهما شاء ان يعينها بالطلاق فعل ويؤخذ بالبيان في تعيين التي شاء طلاقها
واذا عينها بالطلاق وبينها فقد اختلف اصحابنا هل يكون الطلاق واقعا عليها
من وقت اللفظ او وقت التعيين على وجهين احدهما من وقت اللفظ لانه
اوجب الطلاق والوجه الثاني وهو قول ابن ابي هريرة من وقت التعيين
لانه مميز الطلاق فلو قلنا بهذا الوجه اعتدت من وقت التعيين واذا
قلنا بالاول فعلى عدتها وجهان احدهما من وقت وقوع الطلاق باللفظ لانها
تعقب الطلاق والوجه الثاني من وقت تعيينه وان تقدم الطلاق
شرعي تغليظ الامرين فصل ولو قال احداكما طالق وكان نكاح
احداهما فاسدا ونكاح الاخرى صحيحا فان كان الطلاق مرسلا غير
معين وقع على المنكوحة نكاحا صحيحا ولم يرجع الى خياره لانه لا يقع الطلاق
الا عليها وان كان معينا قبل انه اراد المنكوحة نكاحا فاسدا قبل منه وهكذا
لو اتفقت الزوجتان في الاسم والنسب ونكاح احداهما فاسد فذكرها باسمها
ونسبها الذي تشترك فيه وقال اردت المنكوحة نكاحا فاسدا
قبل منه وقال ابو حنيفة ان قال احداكما طالق قبل منه واذا اشترى
في الاسم والنسب وامضى في العبدين اذا اشتركا في الاسم واشترى احدهما
فاسدا واشترى الاخر صحيحا فقال يا مالك انت حر واراد المشترى
فاسدا قبل منه كما لو قال احدكما حر وقد اعتق عليه في الطلاق
فوجب التسوية بينهما والله اعلم مسئلة قال الشافعي وفي
لو قال لم ارد هذه بالطلاق كان اقرارا منه بالاخرى وهذا
صحيح اذا طلق احدى امراتيه كان ماخوذا بالبيان فان كان الطلاق
معينا اخذ ببيان المعينة منهما وان كان مرسلا عينه في ايتهما

ثم هما الى وقت البيان كالاجانب لا يستمتع بهما وهما زوجات في النفقه واما
حرمتها معا قبل البيان لان المحرمه منهما غير متميزه عن المباحه فغلب فيهما حكم
الحظر والتحريم كما لو اختلطت زوجته باجنبيه حرمتا عليه في حال الاشتباه
حتى يستبين الزوجه من الاجنبيه واما التزام النفقه فلان المحرمه منهما محبوسه
على بيانه العابد البيعض زوجته نفقه من طلبه تجري مجرى المشرك اذا اسلم على
عن عشر زوجات كان عليه التزام نفقاتهن حتى يختار منهن اربعا لحبسهن
على اختياره فصل واذا تقرر ما وصفنا من اخذه بالبيان لم يخل
المبهمه من ان يكون طلاقا معينا او مبهما مرسلا فان كان معينا
لم يخل حال بيانه من احد امرين اما ان يكون بالقول او بالوطي فان
بين بالقول صح وهو في بيانه بين امرين اما ان يكون المطلقه منهما فيتبين انها
زوجته الاخرى كقوله وهما حفصه وعمره المطلقه هي حفصه فيعلم
ان عمره زوجته او يبين بالزوجه منهما فيعلم ان الاخرى مطلقه كقوله
عمره هي الزوجه فيعلم ان عمره هي المطلقه ولذلك لو ذكرنا كان الخبر البيان
من بيان المطلقه بقوله حفصه هي المطلقه فيعلم بان طلاقها بها
ان من سواها من الاخرين زوجات ولو قال حفصه زوجته احتاج
الى بيان ثان في الاخريين اما بان يبين المطلقه منهما فتكون الاخرى
زوجته واما ان يعين الزوجه منهما فتكون الاخرى مطلقه فهذا
حكم بيانه بالقول واما بيانه بالوطي وهو ان يطا احداهما فتكون وطيه
بيانا للزوجه الموطوه وتعيين الطلاق في الاخرى وان كان مرسلا
كان الوطي بيانا كما لو قال اذا باع امه بشرط الخيار ثم وطيها
البائع في زمان خياره كان وطيه بيانا للفسخ البيع لانه لا يطا الا في
ملك فدل ذلك انه لا يطا الا زوجته قبل العرق بينهما ان الطلاق لا يقع الا
بالقول دون الفعل فلم يصح بيانه والملك يصح فسخه بالقول
والفعل فلم يصح بيانه والملك يصح فسخه بالقول والفعل فصح فسخه
في البيع بالقول والفعل فاذا ثبت انه لا يكون بالوطي بيانا للطلاق
فسبيله عن بيان المطلقه قولا وان بين المطلقه غير الموطوه صار واطيا
لزوجته وكان الطلاق واقعا من وقت اللفظ دون البيان وان
بين ان المطلقه هي الموطوه صار واطيا لاجنبيه وكان عليه الحد

وان علم دونها لانها لم تعلم وعدتها من وقت اللفظ دون البيان وسواء كان الوطي
في زمان العده او بعد انقضائها اذا كان الطلاق بائنا ولا عده عليها
من الوطي ان جهلت انه زنا واعتدت منه ان لم تعلم انه شبهه
فصل وان كان الطلاق فيهما لم تعتبر في واحد منهما وارسل
فيهما كان مخيرا في ايقاعه على ايتهما شا ولاحد بعينه وان عينه
بالقول صح وان عينه بالوطي فقد اختلف اصحابنا فيه على وجهين احدهما
وهو قول ابي اسحق المروزي واكثر اصحابنا والظاهر من مذهب الشافعي
انه يصح تعيينه كما يصح فسخ البيع ويكون الفرق بين الطلاق المعين
حيث لم يجز الوطي بيانه بيانا ان الطلاق المعين يمنع الاختيار في تعيينه فلم يجز
اختياره الوطي تعيينا والطلاق المبهم له الخيار في تعيينه فجاز ان يكون
اختياره الوطي تعيينا والوجه الثاني وهو قول ابي علي ابن ابي هريره
والظاهر من مذهب المزني انه لا يصح تعيينه بالوطي وان صح بالوطي فسخ
البيع لما ذكرنا من الفرق بينهما فاذا جعلنا الوطي تعيينا للطلاق كانت الموطوه
زوجته وصار الطلاق واقعا على غير الموطوه واذا لم يجعل الوطي
تعيينا للطلاق اخذ بتعيينه قولا واحدا وهل يلزم تعيينه في غير الموطوه
ام يكون على خياره في تعيينه في ايهما شاء على وجهين احدهما يلزم تعيينه
بالقول في غير الموطوه لتكون الموطوه زوجته والوجه الثاني ان يكون
على خياره في تعيينه في ايهما شا كما لو كان غير الموطوه فعلى
هذا ان عينه في غير الموطوه تعين فيها وكانت الموطوه زوجته
وان عينه في الموطوه تعين فيها وهل يكون الطلاق واقعا بهذا التعيين او
يكون واقعا باللفظ المتقدم على وجهين احدهما وهو قول ابي اسحق
المروزي ان الطلاق يقع وقت التعيين ويكون المعينه قبل
التعيين في حكم الطلاق وجعل الوجه الثاني وهو قول ابي
علي ابن ابي هريره ان الطلاق يقع باللفظ المتقدم وان الوطي صادفها
وهي غير زوجته غير انه لا حد عليه بحال لانها كانت جاريه

بل

سيحكم الزوجان بعده يعتد الطلاق في عينها بعلى هذا ان الطلاق
يقع باللفظ المتقدم ففي العده وجهان احدهما انها من وقت اللفظ المتقدم
لان العده تعقب الطلاق والوجه الثاني ان العده من وقت التعيين
المتاخرون تقدم الطلاق اعتبارا بالتغليظ في الامرين مسألة
قال الشافعي ولو قال اخطات بل هذه طلقتا اقرارا وصورتها
ثم طلق احدى زوجتيه واحتسبت المطلقة منهما فقال هي هذه
بل هذه فلا يخلو حال الطلاق الموقع منهما من ان يكون معينا او مبهما
فان كان فقال هذه لا بل هذه طلقتا معا لان البيان لا يقع به الطلاق
وانما هو اقرار بوقوعه باللفظ المتقدم فاذا قال هي هذه صار مقرا
بطلاقها فاذا قال لا بل هذه صار مقرا بطلاق الاخرى راجعا عن
طلاق الاولى فقبل اقراره بالثانية ولم يقبل رجوعه عن الاولى كمن قال
علي لزيد الف درهم لا بل علي لعمرو كان مقرا لهما ولواحد منهما بالف لان
رجوعه عن زيد لا يقبل ويجعله مقرا لعمرو وان كان الطلاق مبهما
ففيه وجهان احدهما انهما يطلقان معا كالطلاق المعين وهذا
على الوجه الذي يقول ان البيان في المبهم يوجب وقوع الطلاق باللفظ
دون التعيين والوجه الثاني انه يطلق الاولى دون الثانية وهذا
على الوجه الذي يقول فيه ان البيان في المبهم يوجب وقوع الطلاق
بالتعيين فيكون الفرق على هذا بين المعين والمبهم ان البيان
في المعين اخبار فلزمه الاقرار بالثاني كالاول والبيان
في المبهم طلاق ولم يكن الثاني طلاق لخلاف الاول لانه اشارة والطلاق
لا يقع بالاشارة فصل واذا كان له ثلث زوجات فطلق كل
واحدة منهن طلاقا معينا واحد منهن فقال هي هذه بل هذه بل هذه
بل هذه طلقن كلهن لما ذكرنا من انه صار مقرا بطلاقهن
كلهن فقال هي هذه او هذه لم يكن فيه بيان الطلاق واحدة
منهن لانه لم يزد بيانا على ما علمناه ولو قال هي هذه وهذه وهذه هذه
طلقن كلهن ولو قال هي او هذه بل هذه طلقت الثالثة واحدى
الاولتين واحتسبنا بيانها منهما فيصير مطلقا لاثنتين فلو قال هي هذه
بل هذه او هذه طلقت الاولى وواحدة من الاخرى الاولتين

فيصير مطلقا لاثنتين وعلى ما بين هذا في الاربع اذا طلق واحدة منهن
والله اعلم مسألة قال الشافعي وان ماتا او احدهما قبل ان
يبين وقف له واحدة منهما ميراث زوج وهذا صحيح اذا طلق
احدى زوجتيه ثم لم يبين حتى ماتت احدى الزوجتين عزل من تركتها
ميراث زوج لجواز ان تكون هي الزوجة والاصل ثبوت الزوجية وانه
بان المطلقة منهما بعد الموت كما يوجد بيانها قبله سوا
كان الطلاق معينا او مبهما لان الطلاق واقع والابهام لوقوعه
في التعيين وانما يكون في المعين خبرا وفي المبهم خبرا فان بان المطلقة
في الميتة والباقية هي الزوجة فقد اسقط التهمة عنه في الميراث
فيرد على ورثتها وان كان الباقية زوجة فان ادعى ورثة الميتة ان البيان
المتبه ان ... لانها الاخرى يستحقون بهذا
ولا يمين عليه لورثته ... اذا كذبته ... انا المطلقة
الزوجة الباقية اذا كذبته ... وان كان الطلاق
وان كان الطلاق معينا فلها احلافه وان كان الطلاق
مبهما فليس لها احلافه لانه في المعين مخبر فجاز ان يحلف على
خبره وفي المبهم مخير فلم يجز ان يحلف على اختياره فاما ان
كانت الميتة غير مدخول بها ... نصف مهرها فقد ادعى
بما اقر به من الطلاق اسقاط نصف مهرها ... وان كان نصف
الصداق مثل الميراث او اقل فلا يمين عليه وان كان نصف
الصداق اكثر كان لورثتها احلافه ان كان الطلاق معينا ولم يكن لهم
احلافه ان كان مبهما ولو ماتت الزوجتان ... عزل لهم من تركته
كل واحدة منهما ميراث زوج لجواز ان تكون هي الزوجة واخذ بالبيان فاذا
طلاق احداهما ... من ميراثه على ورثتها واستوفى ميراث
من الاخرى ... الزوجة منهما
... وان كان الطلاق معينا ولم يكن لهم احلافه ان كان منهما ولم
احلافه وان كان الطلاق ... عن
لورثة المطلقة منهما احلافه ان كانت مدخولا بها ومثله وان كان
مدخول بها وكان نصف الصداق اقل من الميراث ... ان كان منهما
الزمته فلهم احلافه ان كان الطلاق معينا ولم يكن لهم احلافه ان كان مبهما اه
مسألة قال الشافعي ولو كان الزوج هو الميت وقف لهما ميراث امرأة
حتى يصطلحا وصورتها فيمن طلق احدى زوجتيه ثم مات قبل بيان
المطلقة منهما وجب ان يعزل من تركته ميراث زوجة من ربع او ثمن
وهل يقوم ورثته مقامه في بيان المطلقة منهما على ما له ... يقومون

مقامه في البيان سواء كان الطلاق معينا او مبهما لانهم لما قاموا مقامه
في استحقاق النسب والاقرار به قاموا مقامه فيه والا يرجع في بيانه المبهم
سواء كان الطلاق معينا او مبهما لان بيانهم اسقاط حق وارث مشارك
والوارث لا يملك اسقاط من شاركه في الميراث والوجه الثالث انهم
يقومون مقامه في الطلاق المعين لانهم يخبرون وقد يجوز ان يخبروا عنه
ولا يقوموا مقامه في الطلاق المبهم لانه يرجع فيه الى خيار من يملك الطلاق
وهو لا يملكوه فاذا قلنا انه يرجع الى بيانهم قاموا فيه مقام بيان الزوج وكان
الخصم في الميراث هو وارث الزوج فاذا ابتدي في البيان لم يحلف
للمعترف بحقها وحلف للمنكر طلاقها ان كان معينا ولم يحلف ان كان مبهما
واذا قلنا انه لا يرجع الى بيان الوارث لم يكن الوارث خصما لهما ووقف الميراث
من الزوجين حتى يتحالفا عليه فياخذه الحالف منهما دون الناكل او يصطلحان
عليه فيقتسمانه عن تراض بينهما فيه والا يصبروا على الوقف بينهما حتى
يكون بينهما احد هذين **مسئلة** قال الشافعي فان ماتت واحدة
قبله ثم ماتت بعدها فقال وارثه طلق الاولى ورثته الاخرى
بلا يمين وان قال طلق الحية ففيها قولان احدهما انه يقوم مقام الميت فيحلف
ان الحية هي التي طلق ثلثا ويأخذ ميراثه من الميتة قبله وقد يعلم ذلك بخبره وخبر غيره
ممن يصدقه والقول الثاني انه يوقف للاولى ميراث زوج من الميتة
قبله وللحية ميراث امراة حتى يصطلحوا وصورتها فيمن طلق احدى
زوجتيه ثم ماتت احداهما ومات الزوج بعدها فقد السائل
ما لو اختبت ان يعزل من تركة الميتة ميراث زوج لجواز ان
يكون هي الزوجة ويعزل من تركة الزوج وان قال ما لصرة في
الامرين بان المتوفاة قبله مطلقة ولا ميراث لنا منها والباقية
بعده زوجة فلها الميراث معنا فقد بين ما لصره فقوله مقبول

فيه لانه ما يدعي عليه من ميراث الباقية فلا يصدق عليه وما يحوز
ان يطالب به من الميراث الخص بالميتة فان اسقطه فلم يعترض عليه
وان بين ما يسقطه في الامرين فقال الميتة هي الزوجة فلنا الميراث من
تركتها والباقية هي المطلقة فلا ميراث لها معنا فان صدق ذلك زال
النزاع وحمل الامر على ما قال واعطيناه ميراث الميتة ومنع من ميراث الحية
وان كذب عليه وقال وارث الميتة انما هي المطلقة فلا ميراث لكم منها
وقالت الباقية انا الزوجة فلي الميراث معكم ففيه قولان نص عليهما الشافعي
ها هنا وتكمل الاوجه الثلثة بناء عليها ويخرج منها احد القولين انه
يرجع الى بيان الوارث فيحلف لورثة الميتة على العلم لانها يمين على
نفي طلاق غيره فيقول والله لا اعلم انه طلقها ويستحق من تركتها ميراث
زوج ويحلف للباقية على البت والقطع لانها يمين على اثبات طلاقها
فيقول والله لقد طلقها ويسقط ميراثها من الزوج والقول الثاني انه
لا يرجع الى بيان الوارث لما ذكرنا من التعليل ويكون ما يعزل من
ميراث الميتة موقوفا حتى يصطلح عليه وارثها ووارث الزوج وما يعزل
من ميراث الزوج موقوفا حتى يصطلح عليه الورثة الباقية ووارث الزوج والله
اعلم بالصواب

باب ما يهدم من الطلاق ومن كتابين

قال الشافعي رحمه الله لما كانت الطلقة الثالثة توجب التحريم كانت
اصابة زوج غيره توجب التحليل ولما لم يكن في الطلقة ولا في الطلقتين
ما يوجب التحريم لم يكن لاصابة زوج غيره معنى يوجب التحليل فناكحه
وتركه سواء ورجع محمد بن الحسن الى هذا واحتج الشافعي بعمر بن
الخطاب الفضل وجملة ذلك ان الفرقة الواقعة بالطلاق ينقسم
ثلثة اقسام احدها وهو اخفها ما يستبيحها المطلق بالرجعة

من غير عقد وهو ما دون الثلث في المدخول بها فيستبيحها الزوج بان
يراجعها في العدة والقسم الثاني وهو اغلظها ان لا يستبيحها
المطلق الا بعد زوج وهو الطلاق الثلث في المدخول بها وغير المدخول
بها فهو محرمه عليه بالثلث حتى تنكح زوجا غيره والقسم الثالث وهو
اوسطها ان يستبيحها بعقد نكاح بعد طلاقه ولا يستبيحها بالرجعة
ولا يفتقر الى نكاح زوج وهو ما دون الثلث من طلقه او طلقتين اما في غير
مدخول بها واما في مدخول بها بعد انقضا عدتها واما في مخالعة فان
نكحها قبل زوج او بعد زوج لم يصبها حتى طلقها فاذا تزوجها الاول
كانت معه على ما بقي من الطلاق اجماعا وان كان الاول واحدة
بقيت معه على اثنتين وان كانت اثنتين بقيت معه على واحدة وان نكحت
زوجا واصابها ثم طلقها وعاد الاول بعد عدتها من الثاني يتزوجها
فقد اختلف الفقها فيه على مذهبين احدهما ان وجود الزوج الثاني
كعدمه وانه لا يرفع ما تقدم من طلاق الاول واذا نكحها الاول بعده
كانت معه على ما بقي من الطلاق فان كان الطلاق واحدة بقيت معه
على اثنتين وان كان اثنتين بقيت على واحدة فان طلقها بعد النكاح الثاني
واحدة حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب
وعلي بن ابي طالب وابو هريرة ومن الفقها مالك والاوزاعي وابن ابي
ليلى وزفر بن الهذيل ومحمد بن الحسن وقال ابو حنيفة وابو يوسف
الزوج الثاني يهدم طلاق الاول ويرفعه فاذا عادت الى الاول
كانت معه على ثلث تطليقات استدلالا بقول الله تعالى فامساك
بمعروف او تسريح باحسان فاقتضى ظاهره الا يكون الرجعة
اذا طلقها في النكاح الثاني واحدة بعد اثنتين في النكاح
الاول وانتم تمنعون منها وتحرمونها الا بعد زوج قالوا ولان
اصابة زوج ثان فوجب ان يهدم ما تقدم من طلاق الاول

اصله اذا كان طلاق الاول ثلثا قالوا ولان اصابة الثاني لما قويت على
هدم الطلاق الثلث كانت على هدم ما دونها اقوى كمن قوي على
حمل مايه رطل كان على حمل رطل اقوى وكالما اذا رفع حكم النجاسه
كان رفع قليلها اولى وكالغسل اذا رفع الجنابه كان رفع الحدث اولى
وكالجنابه اذا نقضت جميع الطهارة كانت بنقض طهارة بعضه اولى ودليلنا
قول الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فكان
طلاق من بقيت له من الثلث طلقه فوجب تحريمها الا بعد زوج
سوا انكحت قبل طلاقه زوجا ام لا ولان قبل وان كان اخر الايه
دليل الكل كان اولها عاما في دليلنا فقيل اذا اجتمع في الايه
الواحده ما يوجب الحظر والاباحه كان تغليب ما يوجب الحظر على
الاباحه اولى ومن القياس انها اصابه لم تكن شرطا في الاباحه
فلم يهدم من الطلاق كاصابة السيد والاصابة بشبهة ولانه
طلقها قبل استكمال عدد الطلاق فوجب ان يبنى على ما تقدم
من الطلاق اصله اذا لم يدخل بها الثاني ولان الاستباحه الواقعه
بعد الفرقه المستحقه عن نكاح زوج لا يردها الى اول العدد كالرجعه
ولانها طلقة استكمل بها عدد الثلث فوجب تحريمها الا بعد زوج
اصله اذا استكمل الثلث في الاول او ان اصابة الزوج الثاني في
الطلاق الثلث لا يهدمه وانما يرفع تحريمه لامرين احدهما ان الطلاق قد
وقع فلم يرتفع بعد وقوعه والثاني انه لو ارتفع لاستباحها بغير عقد
واذا ثبت انه يرفع التحريم بالثلث ولم يرفعها دون الثلث تحريم لم يكن للاصابة
فيها تاثير ولانا اجمعنا على ان النكاح الثاني يبنى على الاول في الايلا والظهار
وقبل زوج وبعده كذلك في عدد الطلاق واما الجواب عن الايه
فقد مضى واما الجواب عن قياسهم على الثلث فهو انه لما كانت

الاصابة شرطا فيه كانت دافعة له وليست شرطا فيما دونها فلم يرتفع واما
الجواب عن اسنده الحكم بان ما قوي على رفع الاكثر كان على رفع الاقل
اقوى فهو ان الاصابة عندنا لا ترفع الثلث على ما ذكرنا وانما نرفع نحن فيها
وليس فيما دون الثلث تاثير على ان هذا الاصل غير مستمر على مذهب
ابي حنيفة لانه قد جعل الشي موثرا في الاكثر غير موثر في الاقل في
مواضع شتى منها ان العاقلة تحمل جميع الدية ولا تحمل ما دون
الموضحة ومنها انه لو قال لزوجته انت بائن ينوي بها الثلث كانت
ثلثا ولو نوى بها اثنتين كانت واحدة فجعل النية موثرة في الثلث
غير موثرة في الاقل ومنها ان القهقهة في الصلاة تبطل الصلاة والطهارة
وفي غير الصلاة لا تبطل الطهارة فجعلها موثرة في الاكثر غير
موثرة في الاقل فيفسد به ما ذهب اليه والله اعلم

فصل في فروع الطلاق

واذا تزوج الرجل جارية ابيه نكاحا صحيحا لانه يخاف العنت او لانه عبد
وان لم يخف العنت فقال لها ان مات ابي فانت طالق فمات ابوه فان
لم يكن وارثا لكونه عبدا طلقت بموته لوجود الصفة وان كان وارثا لكونه
حرا فلا يخلوا ان يكون على ابيه دين يحيط بثمنها ففي طلاقها وجهان احدها
وهو قول ابن سريج لا تطلق لانه اذا ورثها انفسخ نكاحها بالملك وزمان
الفسخ وزمان الطلاق سواء فوقع الفسخ ولم يقع الطلاق كقوله لها
اذا مت فانت طالق ثم مات لم تطلق والوجه الثاني وهو قول ابي
حامد الاسفرايني انها تطلق ولا يقع الفسخ لان الملك لا يحصل
الطلاق يوجد عقيب الموت وهو زمان الملك الذي يتعقبه الفسخ
فصار الطلاق واقعا في زمان الملك الذي هو زمان الفسخ فلذلك وقع
الطلاق ولم يقع الفسخ وان كان على ابيه دين يحيط بقيمتها ابني على اختلاف
فيما علقنا هاهنا في التركة اذا احاط بها الدين هل يستقل

الى ملك الورثة ام لا على وجهين احدهما وهو قول ابي سعيد الاصطخري
انها انتقل الى ملكهم ويكون كالرهن لارباب الدين دونهم فعلى هذا تطلق
لوجود شرط الطلاق وعدم شرط الفسخ والوجه الثاني وهو
قول ابي العباس واكثر اصحابنا انها لا تنتقل الى ملك الورثة وان
احاط بها الدين فعلى هذا لم تطلق فهاهنا على ما مضى من الوجهين ولو كانت المسئلة
على حالها في تزوج الحر بجارية ابيه فقال لها الاب اذا مت فانت حرة
وقال لها الابن اذا مات ابي فانت طالق فمات الاب نظر فان مات وقيمتها
تخرج من ثلثه عتقت على الاب وطلقت على الابن لان عتق الاب لها يمنع من ملك الابن
لها ولذلك وقع العتق والطلاق معا وان كان على الاب دين يحيط بها ويمنع
من خروجها من ثلثه لم يعتق عليه لان عتق المريض اذا لم يخرج من الثلث
مردود وطلاقها على الابن معتبر بحالها لانها اذا هل يملكها الابن اذا احاط
بها دين الاب فعلى قول ابي سعيد الاصطخري لا يملكها الابن فعلى هذا تطلق
وعلى قول الجماعة قد ملكها الابن فعلى هذا في طلاقها عليه وجهان احدهما
وهو قول ابي العباس لا تطلق والثاني وهو قول ابي حامد الاسفرايني تطلق

فصل في الشرط والجزاء

اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق فهو طلاق
معلق بشرط لا يقع الا بوجوده والشرط دخول الدار والجزاء وقوع الطلاق
فمتى دخلت الدار طلقت ولا تطلق ان لم تدخل ولو قال ان دخلت الدار فانت
طالق هو الشرط والجزاء وان اسقط فا الجزاء فلا تطلق الا بدخول الدار كقوله ان
دخلت الدار فانت طالق ولو قال اردت به الطلاق في الحال يقع لي انت
طالق حمل على ارادته لانه اضر به وحلف في الحال ولم تطلق بدخول الدار
ولو قال اردت ان دخلت الدار وانت طالق احتمل لمثله معان احدها ان
يريد بذلك الشرط ويضمر الجزاء في نفسه فكانه اراد ان دخلت الدار وانت طالق

فقيد بحوادثخصصه طالق يحمل على ما اراد لان الكلام يحتمله والا تطلق حتى
بدخول الدار فان اكذبته الزوجة احلف لها والمعنى الثاني ان يريد به
الشرط والجزا ام لا يكون كقوله ان دخلت الدار فانت طالق فيكون على ما اراد سواء
وجد او تقوم الواو مقام الفا واذا دخلت الدار طلقت فان اكذبته الزوجة
وذكرت انه اراد بها جميعا الشرط احلف لها وان ذكرت انه اراد الطلاق
المعجل احلف لها والمعنى الثالث ان يريد ايقاع الطلاق في الحال فتطلق
ويكون ذكر الدار صلة لا شرطا فان اكذبته الزوجة لم يحلف لها فان قال
ذلك ولم يخبر له اراده كان الظاهر منه حمله على الشرط والجزا لان الكلام اذا امكن
ان يكون مستقلا بنفسه ولم يجعله مبتورا والواو قد تقوم مقام الفا
لانها من الحروف التي ينوب بعضها مناب بعض ولو قال وان دخلت الدار
فانت طالق احتمل معنيين احدهما ان يكون عطفا على كلام متقدم كانه قال ان
كلمت زيدا فانت طالق وان دخلت الدار فانت طالق فيكون شرطا وجزا
متى دخلت الدار طلقت ولا تطلق قبل دخولها والمعنى الثاني ان يريد
به ايقاع الطلاق في الحال فتطلق ويكون معناه وانت طالق وان دخلت
الدار ولو قال انت طالق ان كلمت زيدا او عمرا وبكر مع خالد فان اراد
بقوله وبكر مع خالد استيناف كلام كان شرط الطلاق كلام زيد وعمرو دون
بكر وخالد فاذا كلمت زيدا او عمرا معا او على الانفراد طلقت وان كلمت احدهما
دون الاخر لم تطلق وان اراد ادخاله بقوله وبكر مع خالد الشرط صار شرط
الطلاق معقود بكلام زيد وعمرو وبكر مع خالد فان كلمتهم الا واحدا منهم لم تطلق
لان الشرط لم يكمل وان كلمتهم جميعا وافردت كلام بكر عن خالد لم تطلق
لانه جعل شرط الطلاق ان تكلمهما معا في الكلام وان جمعت بين بكر وخالد
في الكلام وفرقت بين زيد وعمرو في الكلام طلقت لانه جعل الجمع بين بكر وخالد شرطا

ولم يجعل الجمع بين زيد وعمرو شرطا وان قال ذلك ولا اراده له حمل ذكر بكر
وخالد على الاستيناف دون الشرط لان الجملة فيما في حكم الاعراب
مخالف لما في حكم الشرط ولو قال ان كلمت زيدا او عمرا او بكرا فانت طالق
فان كلمت احدهم طلقت واحدة وان كلمتهم جميعا قال ابن سريج تطلق
ثلاثا لان كلام كل واحد منهم شرط تعلق به الجزا اذا انفرد فوجب ان
يتعلق به الجزا اذا اجتمع والذي اراه انها لا تطلق الا واحدة لان الجزا
واحد علق باحد ثلثة شروط فوجب ان لا يتعلق بها اذا اجتمعت الا جزا
واحدا ولكن لو قال ان كلمت زيدا فانت طالق وان كلمت عمرا فانت طالق وان كلمت
بكرا فانت طالق فان كلمتهم جميعا طلقت ثلثا لانها ثلثة شروط علق بكل شرط
منها جزو معين ولو قال وله زوجتان اذا دخلتما هاتين الدارين فانتما
طالقتان فان دخلت كل واحدة منهما كل واحدة من الدارين طلقتا وان
دخلت احداهما احدى الدارين ودخلت الاخرى الدار الاخرى ففيه وجهان احدهما
طلقتا لان دخول الدارين موجود فيهما وصار الشرط بدخولهما موجودا والوجه
الثاني وهو الاصح لا تطلقان حتى تدخل كل واحدة منهما كل واحدة من الدارين
لانه لو افرد طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين لم تطلق الا بدخولهما معا
فكذلك اذا جمع بينهما لم تطلق كل واحدة منهما الا بدخول الدارين معا وهكذا
لو قال ان ركبتما هاتين الدابتين فانتما طالقتان فركبت كل واحدة منهما
كل واحدة من الدابتين او قال ان اكلتما هذين الرغيفين فانتما طالقتان
فاكلت كل واحدة منهما احد الرغيفين كان على ما ذكرنا من الوجهين

فصل اخر ولو قال لزوجته ان لم اطلقك اليوم فانت طالق اليوم فمضى اليوم
قبل ان يطلق لم تطلق وقال ابو العباس ابن سريج تعليلا بانه بمضي اليوم شرط ثاني
وقوع الطلاق في اليوم فلم يوجد شرط الطلاق الا وقد مضى محل الطلاق
فلم يقع وقال ابو حامد الاسفرايني تقع الطلاق لان شرط الطلاق فواته

في اليوم واذا بقي من اخره ما يضيق عن لفظ الطلاق فقد وجد
الشرط وذلك الزمان لا يضيق عن وقوع الطلاق وان ضاق عن لفظه
فوجب ان يقع وهذا فاسد وقول ابي العباس اولى لان وقوع الطلاق
اذا لم يكن الا بلفظ الطلاق فزمان لفظه وزمان وقوعه سوا فاذا ضاق عن احدهما
ضاق عن الاخر ولكن لو قال ان لم ابع عبدي اليوم فانت طالق اليوم
فلم يبعه حتى مضى اليوم طلقت وصح فيه تعليل ابي حامد لان زمان
البيع اوسع من زمان الطلاق لانه يفتقر الى بذل من البايع وقبول من
المشتري فاذا ضاق عن اللفظين في البيع وجب الشرط وهو اضيق عن الطلاق
الذي يقع احد اللفظين فلذلك وقع ولو قال ان لم ابع عبدي اليوم فانت
طالق اليوم فاعتقه طلقت لفوات بيعه بالعتق وفي زمان طلاقها وجهان
احدهما عقيب عتقه والثاني في اخر اليوم اذا ضاق عن وقت البيع
لو كان بيعه ممكنا ولكن لو دبر عبده لم تطلق الا بفوات بيعه لان بيع المدبر
جائز وكذلك لو كاتبه لانه قد يجوز ان يفسخ المكاتب كتابته فيجوز بيعه
قال ابو العباس ابن سريج ولو قال لها انت طالق يوم لا اطلقك فاذا مضى
يوم لم يطلقها فيه طلقت بالحنث ولو قال انت طالق يوم لا ادخل دار زيد
طلقت اذا مضى عليه وقت يمكنه ان يدخل فيه دار زيد من ليل او نهار ولم
يدخل فيه ومعنى اليوم قال لان الناس يريدون بمثل هذا الوقت دون اليوم
المقدر كقوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال يريد به الوقت لا
يريد به نهار اليوم وهذا التعليل صحيح فقوله لا ادخل دار زيد ولست
طالق صحيح في قوله يوم لا اطلقك وانت طالق وليس الفرق بينهما معنى يقع وان
جعل ذكر اليوم في دخول الدار عبارة عن الوقت وان لم يجعل في احدهما لم يجعل
في الاخر ولكن لو قال ليله لا ادخل فيها دار زيد فانت طالق لم تطلق الا
بمضي الليلة لا يدخل داره فيها والفرق بين الليلة واليوم ان العرف
مستعمل بان الوقت قد يعبر عنه باليوم ولا يعبر عنه بالليلة ولو قال
انت طالق ما احببت او الى زمان او الى وقت طلقت اذا سكتت

انه حين وزمان ووقت **فصل** لخص واذا قال انت طالق اليوم
غدا فله اربعة احوال احدها ان يريد انها تطلق اليوم واحده متى
الاحقه في غد فتطلق في يومه واحده وفي غده اخرى فتطلق اثنتين واحده
في اليوم واخرى في غد والثالث ان يريد بعض الطلقه في اليوم وفي غد
فيطلق فان اراد بعض طلقتين كانه اراد بعض طلقه في يومه وبعض اخرى
في غده طلقت طلقتين في يومه وغده تكميلا للبعض الواقع فيه وان
اراد بعض طلقه واحده فتقع اليوم طلقه تكميلا للطلقه الواقعه فيه فهل
تطلق في غد ام لا على وجهين خرجهما ابن سريج احدهما لا تطلق لان
البعض الذي اوقعه في غده قد تعجل في يومه والوجه الثاني تطلق
لان البعض الذي في يومه تكمل بالشرع لا يستقدم ما اخره فوجب ان يكون
البعض الذي في غده واقعا بالارادة تكميلا بالشرع والرابعه ان لا يكون له
اراده فتطلق في يومه واحده فتطلق في يومه واحده طلق ولا تطلق
في غده حملا على الحال الاولى انها تحمله والاصل ان لا طلاق ولو قال
انت طالق اليوم اذا جا غد فجا الغد لم تطلق اليوم ولا في غد لان وقوع
طلاقها في اليوم متقدم للطلاق قبل وجود الشرط وذلك لا يجوز ووقوعه
في الغد انما هو في غير محله وذلك لا يصح فان اراد بقوله انت طالق اليوم
اذا جا غد يعني اذا جا غد فانت طالق قبله بيوم فيصح وتطلق في اليوم
اذا جا غد كقوله اذا جا زيد فانت طالق قبله بيوم **فصل** واذا
قال انت طالق في مكة او بمكة فان اراد كونها بمكة دونه بمكة دونه روعي
ذلك وطلقت ان حصلت بمكة ولم تطلق ان لم تحصل بها سوا كان الزوج
بمكة او لم يكن وان اراد كونه بمكة دونها روعي ذاك فاذا حصل الزوج
بمكة طلقت وان لم يحصل بها لم تطلق سوا كانت بمكة او لم تكن وان لم يكن له

له اراده رد على حصولها قبله دونه لانه هو الاظهر من الكلام فاذا حصلت
مكة طلقت سوا كان الزوج بها او لم يكن وقال البويطي تطلق اذا لم يكن
له اراده وان لم يكن واحد منهما بمكة ان المطلقة بغير مكة وهذا القول منه
سقط فايده التخصيص ونشبه بقوله انت طالق غدا فانها لا تطلق قبل
مجي غد وان كانت المطلقة في اليوم مطلقة في غد فصل واذا قال انت
طالق مريضة او مصليه نظرنا فان قال مريضه او مصليه بالنصب كان المرض
والصلاه شرطا في وقوع الطلاق فلا تطلق قبله وان قال مريضه او مصليه
بالرفع كان خبرا فطلقت في الحال وان لم تكن مريضه ولا مصليه وان ادغم اللفظ
والغا الاعراب فلم يبين فيه نصب الشرط ولا رفع الخبر سيل عن ارادته فان
اراد احد الامرين حمل عليه وان لم يكن له اراده حمل على الخبر دون الشرط وكان
الطلاق به واقعا لان الشرط لا يثبت الا بالقصد فان اعرب ولم يكن من اهل
الاعراب والعرف يعني المعرب النصب ولا بالرفع فيه وجهان احدهما
ان يكون كالعارف بالاعراب والقاصد له اعتبارا لحكم اللفظ والثاني انه
يلغا حكم الاعراب ويوقع به الطلاق اعتبارا بالقصد في لفظ الطلاق
فصل واذا قال لها ان بداتك بالكلام فانت طالق وقالت له ان بداتك
بالكلام فعبدي حر لغلظت يمين الزوج لانه قد بدا اها بالكلام فبطل ان يكون
منه بالها بالكلام وكان يمينها بالعتق باقيه فان بداها الزوج بالكلام انحلت
يمينهما وان بدا انه بالكلام حنث بالعتق ولو قال لها ان كلمتيني فانت طالق وقالت
ان كلمتني فعبدي حر طلقت الا ان كلمته ولم يعتق عبدها الا ان يكلمها فصل
واذا قال لها ان تكلمت بالعربيه فانت طالق فانها لا تطلق الا ان تكلمت لم تطلق
لانها خالفت نهيه ولم تخالف امره وان قال لها ان نهيتني عن منفعة
ابوي فانت طالق وكان لها بيده مال اراد ان يدفعه اليهما
لينفعهما فقالت لا تعطيهما من مالي شيا لم تطلق لانه الا يجي ان

ينفعهما اباهما اذ ليس حوزتهما الا انتفاع به فلم يكن ذلك نهيا عن منفعتهما
ولو قال لها انت طالق ان ضربت زيدا فضربه ميتا لم تطلق لانه قد
سقط حكم ضربه بالموت كما سقط حكم الامه بالموت ولو ضربه بعد جنونه
او اغمائه او سكره طلقت سوا احس بالضرب او لم يحس لان حكم الضرب
لم يسقط بالجنون والاغما والسكر ولو ضربه على ثوبه واحس بالضرب من تحت
الثوب طلقت سوا المه او لم يولمه وان لم يحس به من تحت الثياب لكثرتها
وكثافتها لم تطلق لانه منع بحايل ادونها فصار كما لو ضرب حايطا هو من ورايه
فصل ولو قال انت طالق ان كنت املك اكثر من مايه درهم فهذه اليمين
تشتمل نفي الزياده على المايه وهل تشتمل اثبات المايه ام لا على وجهين احدهما
لا تتضمنه لاختصاصها بنفي الزياده والثاني تتضمنه لتضمنها للمايه فعلى
هذا ان كان مالكا لمايه درهم لا يزيد عليها ولا ينقص منها لم تطلق وان ملك اكثر
من مايه درهم ولو بقيراط طلقت وان ملك اقل من مايه درهم ولو بقيراط
ففي طلاقها وجهان احدهما تطلق والثاني لا تطلق فصل ولو قال اي
نسائي بشرتني بقدوم زيد فهي طالق فبشرته احداهن بقدومه فان كانت
صادقة في البشرى طلقت وان كانت كاذبه لم تطلق لان حقيقة البشرى ما تعلق
السرور بها والبشرى الكاذبه لا يتم بها السرور فلم يكن بشرى ولو بشرته ثانية
بعد الاولى فان كانت الاولى صادقه طلقت الاولى دون الثانيه وان كانت الاولى
كاذبه والثانيه صادقة طلقت الثانيه دون الاولى ولو بشرتاه
معا في حال واحده وهما صادقتان طلقتا ولو قال ايتكن اخبرتني بقدوم
زيد فهي طالق فاخبرته احداهن بقدومه طلقت صادقة كانت او كاذبه
والفرق بين الخبر والبشرى ان البشرى ما سرت وهي لا تسر الا ان يكون صدقا
والخبر ذكر الشي وقد ذكرته وان لم يكن صدقا ما كما ذكر ابن سريج وقد

عندي نطق التسوية بينهما في اعتبار الصدق اصح وان اخبرته ثانية بقدوم
زيد طلقت ايضا وكذلك لو اخبرته جميعا بقدومه طلقن كلهن لان البشارة
لان الشرع تكون بالاسبق والخبر يصح من الجميع **فصل** ولو قال لها انت
طالق ان كلمت زيدا حتى يقدم عمرو وان جعل الغاية في قدوم عمرو حدا
للشرط صح فان كلمته قبل قدوم عمرو طلقت لوجود الشرط وان كلمته بعد
قدوم عمرو لم تطلق لخروج الشرط عن حده وان جعل الغاية في قدوم عمرو
حدا للطلاق لم تطلق ووقع الطلاق و يمنع من تجديده الى غاية واذا كلمته
قبل قدوم عمرو او بعده طلقت على الابد **فصل** واذا قال لها يا
زانية انت طالق ان شاء الله كان الاستثناء راجعا الى قوله انت
طالق فلا تطلق ولا يرجع الى قوله يا زانية ويكون قاذفا لانه اسم
مشتق من فعل لا يصح دخول الاستثناء فيه الا ترى انه يصح ان يقول انت
طالق ان شاء الله ولا يصح ان يقول يا زانية ان شاء الله وهكذا لو قلب
الكلام فقال انت طالق يا زانية ان شاء الله يرجع الاستثناء الى
الطلاق وان تقدم فلا طلاق ولا يرجع الى القذف وان تأخر وتكون
قاذفا وقال محمد بن الحسن يرجع الاستثناء اليهما فلا يكون مطلقا ولا قاذفا
لانه لا يصح رجوعه الى الابعد دون الاقرب وهذا فاسد لما قدمناه من
التعليل بان الاسماء المشتقة من الافعال والصفات لا يصح دخول
الاستثناء فيها فعلى هذا لو قال انت طالق ثلاثا يا طالق ان شاء الله رجع الاستثناء
الى قوله انت طالق ثلاثا فلم تطلق به ولم يرجع الى قوله يا طالق لانه اسم مشتق
من صفة وطلقت به واحدة وعلى قول محمد بن الحسن يرجع اليهما فلا طلاق
فصل ولو كانت زوجته مع اجنبية فقال احداكما طالق وقال
اردت طلاق زوجتي طلقت وان اراد الاجنبية قبل منه ظاهرا و باطنا لم

تطلق عليه زوجته نص عليه الشافعي في الاملاء ولو كان اسم زوجته زينب وفي
البلد جماعة زيانب يشاركنها في الاسم فقال زينب طالق وقال اردت غير
زوجتي من الزيانب قال ابن سريج لم يقبل منه وطلقت عليه زوجته في الظاهر
وكان مدينا في الباطن والفرق بينهما ان التسمية اقوى حكما من الاجابة لاختصاص الاسم
لقوته بالزوجة دون الاجنبية ولم تختص الاجابة لضعفها بالزوجة دون الاجنبية
ولو قال زوجته ابنة زيد ولزيد بنت اخرى فقال بنت زيد طالق وقال
اردت اختها دونها فهذا وان كان تعيينا ولم يكن اسما فهو بالاسم اشبه
منه بالاجابة فلا يقبل منه ويلزمه الطلاق في الظاهر ويدين في الباطن
فصل واذا راى امرأة فظنها زوجته فقال لها انت طالق واشار
بالطلاق اليها ولم يذكر اسم زوجته في الاشارة لم يلزمه الطلاق لان زوجته
لم يسمها ولا اشار بالطلاق اليها والطلاق لا يقع الا بالتسمية او بالاشارة
ولو سماها فقال يا عمرة واشار الى الاجنبية انت طالق ولم يعلم انها اجنبية
طلقت زوجته عمرة في الظاهر لاجل التسمية وكان في الباطن مدينا
لاجل الاشارة **فصل** ولو كان له زوجتان حفصة وعمرة فنادى
حفصة فاجابته عمرة فقال لها انت طالق فلهذه المسألة خمسة احوال
احدها ان يعلم حين نادى حفصة ان التي اجابته عمرة ويريد بالطلاق حفصة
دون عمرة فتطلق حفصة في الظاهر والباطن لتسميتها وارادته وتطلق
عمرة في الظاهر دون الباطن لاشارته والحال الثانية ان يعلم حين
نادى حفصة ان التي اجابته عمرة ويريد عمرة بالطلاق دون حفصة
فتطلق عمرة في الظاهر والباطن لاشارته مع ارادته وتطلق حفصة
في الظاهر دون الباطن لتسميتها والحال الثالثة ان لا يعلم حين نادى حفصة
ان التي اجابته عمرة ويريد بالطلاق حفصة دون عمرة المشار اليها طلقت

حفصة ظاهرا وباطنا لتسميتها وارادته ولا تطلق عمرة لان الاشارة اذا
تجردت عن معرفة المشار اليه وعن ارادته كانت التسمية مع الارادة
اقوى منها وسقط بالتسمية والارادة حكمها والحال الرابعة ان لا يعلم الخبر بان التي
حفصة ان التي لجانبه عمرة ويريد به الطلاق والتي اشار اليها لفظا حفصة طلقت
كل واحدة منهما في الظاهر دون الباطن اما حفصة فطلقت في الظاهر للتسمية
مع ظنه ان المشار اليها هي حفصة ولم تطلق في الباطن لارادته عمرة بالاشارة
واما عمرة فطلقت في الظاهر باشارته وارادته ولم تطلق في الباطن لسدابه
حفصة وظنه انها حفصة والحال الخامسة ان لا ينادي حفصة ويشير بالطلاق
الى عمرة يريدها بالطلاق وظنها حفصة طلقت عمرة ظاهرا وباطنا ولم تطلق
حفصة في الظاهر ولا في الباطن لانها غير مسماة ولا مشار اليها والطلاق اذا
تجرد عن تسمية واشارة لم يتعلق به حكم **فصل** ولو قال وله زوجتان
حفصة وعمرة يا حفصة ان دخلت الدار فانت طالق لا بل عمرة فله ثلثة
احوال احدها ان يريد لا بل عمرة طالق بدخول حفصة فاذا دخلت حفصة
الدار طلقت حفصة وعمرة كما لو قال لحفصة طالق لا بل عمرة طلقتا معا
والحال الثانية ان يريد لا بل ان دخلت عمرة الدار فهي طالق فتطلق
حفصة وحدها بدخولها الدار وتطلق عمرة ايضا بدخولها الدار
والحال الثالثة ان لا يكون له ارادة معينة ففيه وجهان احدهما ان الطلاق
ذلك يقتضي حمله على الحال الاولى فيكون دخول حفصة الدار موقعا للطلاقين
وطلاق عمرة والثاني انه يقتضي حمله على الحال الثانية فيكون دخول كل
واحدة منهما موقعا لطلاقها ولا تطلق عمرة بدخول حفصة **فصل**
واذا قال لها انت طالق واراد ان يقول ثلثا فامسك غيره ومنعه
ان يقول ثلثا نظر فان اراد الثلث بقوله انت طالق وقع من اظهار الثلث

طلقت ثلثا لو ارادها باللفظ ووقعت وان لم يظهرها وان لم يرد الثلث
بقوله انت طالق ثم اراد ان يلفظ بالثلث فمنعت منها طلقت واحدة
باللفظ ولم تطلق ثلثا لانه منع منها مع ارادة التلفظ بها فصار كما لو اراد
الطلاق فمنع ان يتلفظ به لم يقع ومثله لو قال انت طالق واراد ان يقول
ثلثا فمات قبل قوله ثلثا كان على ما ذكرنا من انه اراد الطلاق الثلث باللفظ
الاول فمات قبل التصريح طلقت ثلثا وان لم يرد الثلث باللفظ الاول واراد
ان يصرح بها لم تطلق ثلثا **فصل** ولو قال انت طالق وما لم تحبلي او ما لم
تحبلي او ما لم تحيضي طلقت اذا لم تحبلي في الحال او تحيض فان كانت حبلى او
حائضا طلقت لانه علق بحبل وحيض مستقبل فلو لم يعلم حبلها ووضعت ذكرا
لاقل من ستة اشهر طلقت لانه لم يكن الحمل مستقبلا وان وضعته لستة اشهر
فصاعدا نظر فان كان يحتمل اصابتها بذلك غير مباشرها طلقت لانه لم يكن
من حمل اقترن بلفظه لانه من احداث مباشرة بعد اللفظ وان كان
يمكن اصابتها بذلك مباشرتها ففي وقوع الطلاق وجهان احدهما يقع لكن
ووقوع الطلاق عموم الاشتراط مشكوك فيه والثاني ان الطلاق لا يقع
لانه معلق بشرط مشكوك فيه **فصل** ولو قال لها اذا جاء راس الشهر
فانت طالق ثم قال قد عجلت لك تلك الطلقة الساعة فان اراد تلك
الطلقة تعجل قبل وقتها لم تعجل ولم تطلق الا بمجيء الشهر ولم تطلق في الحال
لان تعجيل الشروط بعد عقدها لا يجوز وان اراد به تعجيل طلاق في الحال
بدلا من الطلاق الموقت براس الشهر طلقت في الحال الطلقة المعجلة ولم
تكن بدلا من الطلقة الموجلة فاذا جاء راس الشهر طلقت بالشرط اخرى
لان ابطال ما تقدم بالشرط لا يجوز الا تراه لو قال اذا دخلت زيد الدار فانت طالق

ثم قال قد اطلقت هذا الشرط لم يبطل وطلقت بتلك الكلمة ولو قال اذا كلمت زيدا
فانت طالق ثم قال لا بل اذا كلمت عمرا فانت طالق فطلقت بكلام زيد واحدة وطلقت
بكلام عمرو ثانية لانه رجع عن الشرط الاول الى الثاني فيلزمه الثاني والاول
ولم يصح رجوعه عن الاول ❊ فصل وقد يحمل الايمان بالطلاق على العرف
كما يحمل عليه الايمان بالله فاذا حلف الرجل على غريمه بالطلاق ليجرنه على الشوك
فاذا مطله مطلا بعد مطل بر في يمينه اعتبارا بالعرف ولو حلف على زوجته
بالطلاق ليضربنها حتى تموت فضربها ضربا مولما وجيعا بر في يمينه اعتبارا
بالعرف اذا اطلق اليمين ولم يرد حقيقة اللفظ فان اراده حمل عليه وهكذا
نظاير ذلك واشباهه ❊ فصل واذا قال لها انت طالق ان كلمتك
وانت طالق ان دخلت الدار طلقت باليمين الاولى لانه قد صار مكلما لها باليمين
الثانية وسواء جعل اليمين الثانية متصلة باليمين الاولى او منفصلة منها
لانها ليست منها وهكذا لو قال لها انت طالق ان كلمتك ثم اعادها وقال انت
طالق ان كلمتك طلقت لانه قد صار مكلما لها باعادتها ولكن لو قال لها انت
طالق ان كلمتك فاعلمي ذلك فان قال فاعلمي ذلك متصلا على نسقه حنث لانه قد
صار مكلما لها وان قاله منفصلا ففي حنثه وجهان احدهما الحنث لانه كلام لها
بعد نسقه والوجه الثاني لا حنث لانه من كمالات نسقه ❊ فصل
واذا قال لها وهي تاكل ما يكثر عليه الحصا والعدد مثل النوى والرطب
وتلقي نواه في بهو او نار انت طالق ان لم تخبريني بعدد ما اكلت فمخرجه من
الحنث ان تبتدي بالعدد الذي تحقق انه لم تاكل اقل منه وتنتهي الى
العدد الذي تعلم انه لم تاكل اكثر منه فتخرج من حنثه لانها قد اخبرت
في جملة الاعداد التي ذكرتها بعدد ما اكلته وان لم تعين مثاله ان تعلم

انه لم تاكل اقل من عشرة ولم يزد ما اكلت على المائة فتبتدي بالعشرة وتنتهي
الى المائة فتبتدي بالعشرة وتنتهي الى المائة فيتيقن ان عدد ما اكلته فيما
بين الطرفين ولو قال لها وقد اكلت رطبا وتمرا واختلط نوى ما اكلاه
انت طالق ان لم تميزي نوى ما اكلته من نوى ما اكلته فمخرجه من يمينه
ان تفرق بين كل نواة وبين الاخرى لئلا يكون لعينه منها فيبر ولا يحنث ❊ فصل
واذا كان في وسط درجة فصعد اليه رجل فحلف ان لا يصعد معه ونزل
اليه اخر فحلف بالطلاق ان لا ينزل معه فصعد مع الذي حلف ان لا
يصعد معه حنث ولو حلف وهو في وسط درجة انه لا يصعد منها
وان لا ينزل عنها ولا يصعد عليها فحمله حامل فصعد به او نزل به لم يحنث ❊
فصل واذا اتهم زوجته بسرقة وقال لها انت طالق ان لم تصدقيني
هل سرقت ام لا فمخرجه من يمينه ان تقول له سرقت وتقول له ما سرقت فيتعين
انها قد صدقته في احد الخبرين فيبر ولا يحنث ❊ فصل واذا كان واقفا
في الما فحلف بالطلاق ان لا يقيم فيه ولا يخرج منه فان كان الما جاريا لم يحنث
بمقامه ولا بخروجه لان الما الذي كان فيه بجريانه قد مضى فسقط حكمه وان كان
راكدا فاقام فيه او خرج حنث لان جميعه ما واحد وليس كالجاري ❊ فصل
واذا حلف بالله تعالى او بالطلاق على شي يحتمل امرين تعين احدهما بالنية
فان كان الحلف محظورا والحنث مباحا فالنية نية الحالف دون المستحلف
وان كان الحلف محظورا والحنث واجبا فان كان الحالف مظلوما والمستحلف ظالما
كالحالف واذا ادعى شيئا فحلف ان لا شفعة عليه للجار او كان حنفيا فحلف
ان لا اثر عليه للمدبر فالنية في اليمين نية الحالف دون الحاكم المستحلف
وان كان الحالف ظالما كان الشافعي اذا احلف ان لا اثر عليه للمدبر والحنفي اذا احلف
ان لا شفعة عليه للجار كانت النية نية الحاكم المستحلف دون الحالف

لم

بما نواه لا يكون على نية المستحلف الا في هذا الموضع وحده فاما ان انفرد
باليمين فهي محمولة على نيته اذا كان ما نواه فيها محتملا وان حلف على شي
ماض انه ما فعله وقد فعله ونوى في نفسه انه ما فعله بالصين او على
ظهر الكعبة او حلف على شي مستقبل انه يفعله ولم يفعله ونوى في نفسه انه
يفعله بالصين او على ظهر الكعبة حمل على نيته ولم يحنث ولو حلف فقال كل نساي
طوالق ونوى نساءه انه لم يطلق نساءه واذا قال لزوجته اذا تزوجت عليك
فانت طالق ونوى ان يتزوج على بطنها حمل على ما نواه ولم يحنث ان تزوج
عليها غيرها ولو قيل له طلقت زوجتك فقال نعم واراد نعما فلان كان
على ما نوى في الباطن وان كان ماخوذا باقراره في الظاهر واذا حلف ما
كاتبت فلانا ولا كلمته ولا رايته ولا عرفته ولا اعلمته ونوى بالمكاتبة
عقد الكتابة وبقوله ما رايته اي ما ضربت رئته وبقوله ما كلمته اي ما جرحته
وبقوله ما عرفته اي ما جعلته عريفا وبقوله ما اعلمته اي ما قطعت شفته
العليا حمل في ذلك على ما نوى وهكذا لو حلف فقال ما اخذت لك جملا
ولا بقرة ولا ثورا ولا عنزا ونوى بالجمل السحاب وبالبقرة العيال وبالثور
القطعة من الاقط وبالعنز الاكمة السودا حمل على ما نوى ولم يحنث وهكذا
لو قال ما شربت لك ماء ونوى لم يحمل عليه وصح ما نواه وهكذا جميع الاسما
المشتركة يجوز له ان ينوي غير الظاهر ولا حرج عليه في ذلك اذا لم يقصد
به التوصل الى محظور قال الله تعالى في قصة ابراهيم قالوا انت فعلت
هذا بالهتنا يا ابراهيم قال بل فعله كبيرهم هذا فاسالوهم ان كانوا
ينطقون فقيل انه نوى ان كانوا ينطقون فقد فعله كبيرهم هذا وروي
ان سويد بن حنظلة احضر رسول الله صلى الله عليه وسلم انه حلف بالله
ان وائل بن حجر اخوه ليخلصه من العدو فقال له النبي صلى الله عليه

١٥٨

159

صدق المسلم اخو المسلم والله الموفق

كتاب الرجعة

قال الشافعي قال الله تعالى في المطلقات واذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف او سرحوهن بمعروف الاية وقال فاذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن
ان ينكحن ازواجهن فدل سياق الكلامين على افتراق البلوغين واحدهما
مقاربة بلوغ الاجل فله امساكها او تركها تسرح بالطلاق المتقدم والعرب
تقول اذا قاربت البلد الذي تريده قد بلغت كما تقول اذا بلغته والبلوغ
الاخر انقضاء الاجل والاصل في الرجعة بعد الطلاق الرجعي
قول الله تعالى فامساك بمعروف او تسريح باحسان وسبب نزولها ما رواه
هشام بن عروة عن ابيه قال كان الرجل يطلق ما شاء ثم ان راجع امراته
قبل ان تنقضي عدتها كانت زوجته فغضب رجل من الانصار على امراته فقال
لها لا اقربك ولا تخلين مني قالت وكيف قال اطلقك فاذا دنا اجلك راجعتك
ثم اطلقك فاذا دنا اجلك راجعتك قال فشكت ذلك الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فانزل الله تعالى الطلاق مرتان الاية فجعل الله تعالى الطلاق مقدرا
بالثلث وروى سفيان عن اسمعيل بن سميع عن ابي رزين قال جا رجل الى النبي صلى
الله عليه فقال الطلاق مرتان فاين الثالثة قال فامساك بمعروف او تسريح
باحسان فجعل الله الطلاق الذي يملك فيه الرجعة مرتين بقوله الطلاق
مرتان فامساك بمعروف يعني الرجعة قبل انقضاء العدة او تسريح باحسان فيه
تاويلان احدهما انها الطلقة الثالثة وهو قول عطا ومجاهد والثاني
انه الامساك عن رجعتها حتى تنقضي عدتها وهو قول السدي والضحاك
والاحسان هو ان يوفيها حقها ويكف اذاها وقال تعالى واذا طلقتم النسا
فبلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف يعني بلوغ الاجل

مقاربته كما تقول العرب بلغت بلد كذا اذا قاربته ومعنى قوله فامسكوهن
بمعروف هو المراجعة في الاولى والثانية قبل انقضاء العدة او سرحوهن
بمعروف هو الامساك عن رجعتها حتى تنقضي العدة وقال تعالى وبعولتهن
احق بردهن يعني برجعتهن في ذلك يعني في الطلاق اذا كان دون الثلث
ان ارادوا اصلاحا يعني ان ارادوا بالعود له اصلاح ما تشعث من النكاح
بالطلاق بالحجة لهم من الرجعة في العدة وحكي عن عطا ابن ابي رباح انه
اراد الصلاح في الدين بالتقوى وان الرجعة لا تصح الا لمن اراد بها صلاح
دينه وتقوى ربه وهو قول تفرد به عن الجماعة ودلت الاية الاولى
على اباحة الرجعة بعد الثانية وابطالها بعد الثالثة ودلت الاية الثانية
على اباحة الرجعة في العدة وابطالها بعد العدة ودلت الاية
الثالثة على ان الرجعة رافعة لتحريم الطلاق جارية في كل واحدة من
الاي الثلث دليل على حكم لم يرد في غيرها وقال تعالى فطلقوهن لعدتهن
الى قوله لعل الله يحدث بعد ذلك امرا يعني رجعة فدلت هذه الاية
على اباحة الرجعة واختيار الطلاق الرجعي احسن ان امر البدعة في الثلث
وان وقوعه في اثنا العدة افضل وقد دل على اباحة الرجعة من السنة ما
رواه ابو عمران الجوني عن قيس ابن زيد ان رسول الله صلى الله عليه طلق حفصة
بنت عمر تطليقة فاتاها خالاها قدامة وعثمان ابنا مظعون فبكت وقالت
اما والله ما طلقني عن شبع فجا النبي صلى الله عليه فدخل عليها فتجلببت
ان جبريل عليه السلم اتاني فقال لي راجع حفصة فانها صوامة قوامة
وانها زوجتك في الجنة وروى اسحاق ابن يوسف عن ابي حنيفة عن الهيثم
ابن عدي ان النبي صلى الله عليه قال لسودة اعتدي فجعلها تطليقة فجلست
في طريقه وقالت اني اسالك بالله لما راجعتني واجعل نصيبي منك لكل جمعة لاي

[illegible] اما اريد ان احشر مع ازواجك يوم القيامة فراجعها وروي
ان ابن عمر طلق امراته حائضا فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر مره
فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم ان شا طلق بعد وان شا امسك فتلك
العدة التي امر الله ان تطلق لها النسا وروي ان ركانة ابن عبد يزيد طلق
زوجته البتة فاحلفه النبي صلى الله عليه انه اراد واحدة ثم ردها عليه

فصل فاذا ثبت ما ذكرنا من جواز الرجعة بعد الطلاق فالرجعة
هي استباحة البضع بعد تحريمه بالطلاق من غير عقد نكاح على ما نصفه
من حالها وجوازها معتبر باربعة شروط احدها ان يكون الطلاق دون الثلث
فان كان ثلثا حرمت عليه ان تنكح زوجا غيره وسوا جمع بين الثلث او فرقها قبل
الدخول او كانت بعده قال الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره والشرط الثاني ان يكون الطلاق بعد الدخول فان كان قبله فلا رجعة
لانه لا عدة على غير المدخول بها والرجعة تكون في العدة قال الله تعالى
فان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والشرط
الثالث ان يكون الطلاق بغير عوض فلا رجعة فيه لما ذكرناه في كتاب
الخلع والشرط الرابع ان تكون باقية في عدتها فان انقضت العدة فلا
رجعة قال الله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف والمراد به
مقاربة الاجل لا الرجعة الا قبل الاجل وان كان بانقضاء العدة كما قال فاذا بلغن اجلهن
فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن يريد انقضاء عدتهن فعند يجوز ان يريد
به مجاوزة او مقاربة انقضاء العدة فالذي قاله هاهنا وهو معنى قوله في بلغن
الثاني قد انساق الكلامين على افتراق البلوغين وان قيل فلم حظر الرجعة
بمقاربة الاجل وعند انقضاء العدة وهي تجوز في اول العدة فما تجوز
في اخرها وهي في اولها اولى قيل عنه جوابان احدهما التلاوة على انها

على انها اذا جازت في اخر العدة كانت بالجواز في اولها اولى والثاني
انه دل على صحة الرجعة في حال الاضرار بها وهو ان يتطلبها اخر العدة
ثم يراجعها ثم يطلقها بعد الرجعة ولا تكون هذه الرجعة من الامساك
بالمعروف وقد قال تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا ثم قد صحت الرجعة
في هذه الحال مع قصد الاضرار كانت صحتها بالمعروف اذا لم يقصد الاضرار
اولى فاذا صحت بهذه الشروط الاربعة فهي جائزة والسنة ان يواجهها
مالك في طلاق البدعة وقد مضى الكلام معه مسألة قال الشافعي وللعبد
في الرجعة بعد الواحدة كالحر بعد التدبير كانت تحته حرة او امة
واصل هذا ان الزوج يملك الرجعة ما لم يستوف عدد الطلاق الذي يملكه
ملكه النكاح والحر يملك ثلث تطليقات يراجع بعد الاولة ولا يراجع بعد الثانية
لان العبد يستوفي بالثانية عدد طلاقه كما يستوفيه الحر بعد الثالثة
واذا افترق حكم الحر والعبد فيما وصفنا من عدد الطلاق واستحقاق
الرجعة فهو معتبر بحال الزوج فيملك الحر ثلثا سواء كانت
تحته حرة او امة ويملك العبد طلقتين سواء كانت تحته حرة او امة فيكون
اعتباره بالرجال دون النساء وبه قال عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان
وزيد بن ثابت وعائشة وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس ومالك
بن انس وقال ابو حنيفة وصاحباه والثوري الطلاق معتبر بالنساء دون
الرجال فالحرة يملك زوجها ثلث تطليقات حرا كان او عبدا والامة
يملك زوجها طلقتين حرا كان زوجها او عبدا وحكوه عن علي بن
ابي طالب استدلالا بقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك
بمعروف او تسريح باحسان والمراد به الحرة لقوله ولا يحل

لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود
الله فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت
به وذلك في الحرة لانها هي التي تفتدي نفسها بما تملك وقد جعل
طلاقها ثلثا ولم يفرق بين ان يكون زوجها حرا او عبدا ولان عمومه فيها
وبرواية ابن جريج عن مظاهر بن اسلم عن القاسم بن محمد عن عائشة ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة طلقتان وعدتها حيضتان
فجعل طلاقها معتبرا بها كالعدة ولانه عدد محصور متعلق بالنكاح فوجب
ان يكون كماله ونقصانه معتبرا بالموقع عليه كالعدد ودليلنا قوله تعالى
الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان والمراد به الحر لقوله من بعد
ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا الا ان يخافا الا يقيما حدود الله وذلك
خطاب الحر ولم يفرق بين ان يكون تحته حرة او امة وقد طلق العبد باذن سيدها
فكان على عمومه منها ويدل عليه من المعنى وهو علة ابي حامد انه ذو عدد محصور
الزوج ان اله ملكه عنه بعوض فوجب ان يعتبر كماله ونقصانه بالزوج اصله
عدد المنكوحات فان الحر ينكح اربعا والعبد اثنتين فقوله ذو عدد محصور
احتراز من القسم فانه يعتبر بالزوجة دون الزوج ان اله ملكه بغير عوض
احتراز من حد القذف فانه معتبر بالمقذوفة وتحرير هذه العلة بما اصح
من هذه العبارة انما ملكه الزوج بنكاحه اذا اختلف عدده بعد حصره
كان معتبرا بالزوج دون الزوجة اصله عدد المنكوحات وعلة اخرى انه
نقص يؤثر في منع الطلاق فوجب ان يكون معتبرا بالزوج كالجنون والصغر
وعلة اخرى ثالثة انما اختص بحجر الزوجين اذا اختلف بالحرية
والرق كان معتبرا بمن باشره كالعدة واما الجواب عن الاية فهو ما قدمناه
من الاستدلال بها واما الجواب عن الخبر فهو محمول على ان الزوج اذا

ذا كان عبدا لانه هو زوجها على الاطلاق والحر انما يحلها لضروره وشرط
واما الجواب عن الايه فهو ما قدمناه من الاستدلال بها واما الجواب
عن الايه فهو محمول على الزوج اذا كان عبدا لانه هو زوجها على الاطلاق
والحر انما يحلها لضروره وشرط واما الجواب عن قياسهم على العده فهو ما جعلناها علي
به اصلا في وجوب اختصاصها بالمباشر لها واما الجواب عن قياسهم على
الحدود فهو انها تجب عقوبه وتختص بالفاعل لسببها والطلاق
ملك فاعتبر به حال المالك وكذا نرا الاملاك **فصل** فاذا ثبت ان عدد
الطلاق يعتبر بالزوج دون الزوجه فان الحر يملك ثلث تطليقات في الحره
والامه وان العبد يملك طلقتين في الحره والامه فالحر يملك رجعتين لانه
يملكها بعد طلقتين والعبد يملك رجعه واحده لانه يملكها بعد طلقه واحده
وان يراجع بغير اذن السيد وان لم يكن له ان ينكح الا باذن السيد لانها
اصلاح ثلم في العقد ورفع تحريم طرا عليه **مسله** قال الشافعي
والقول فيما يمكن فيه انقضا العده قولها واذا كان في كتاب الله تعالى
دلالة على ذلك اذا خطر عليهن كتمه ذكره ابو عبيده قال الله تعالى ولا يحل
لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل من الحيض والحمل فدل على
قبول قولهن فيه كما قال في الشهاده ومن يكتمها فانه اثم قلبه فدل على
ان قبول الشهود مقبول وكما قال النبي صلى الله عليه في المفتي من كتم علما
الجمه الله يوم القيامه بلجام من نار فدل على ان قول المفتي مقبول واذا
ثبت هذا فلا تخلو حال المعتده من ثلثه احوال ان تعتد بالاقرا والثاني
بوضع الحمل والثالث بالشهور فان اعتدت بالاقرا فاقل ما يمكن فيه انقضا
عدتها ثلثه اقرا اثنان وثلثون يوما ولحظتان وذلك بان تطلق في اخر
طهرها وقد بقي منه لحظه فتكون تلك اللحظه قرا معتدا به ثم تحيض اقل

الحيض يوما وليله ثم تطهر اقل الطهر خمسه عشر يوما فيحصل لها قرآن
ثم تحيض اقل الحيض يوما وليله ثم تطهر اقل الطهر خمسه عشر يوما
فقد حصل لها قرو ثالث فاذا طعنت في اول الحيضه الثالثه بدخول
لحظه منها فقد انقضت عدتها فاذا جمع بين الطهرين وهما ثلثون يوما
وبين الحيضتين وهما يومان وليلتان وبين اللحظتين الاولى والثانيه صار
جميع ذلك اثنان وثلثون يوما ولحظتين على ان اللحظه الاولى من جمله العده
واللحظه الاخيره ليست من جمله العده وانما يعلم بها انقضا العده فصارت
واجبه في العده وان لم يكن منها فهذا اقل زمان يمكن ان تنقضي به
ثلثه اقرا وقال ابو حنيفه لا تنقضي منها اقل من ستين يوما اعتبارا
باكثر الحيض وهو عنده عشره واقل الطهر وهو خمسه عشر يوما وان الحق
عند الحيض يمضي عشره ايام حيضا ثم خمسون يوما لحيضتين وطهران وقال
زفر ابن الهذيل اقله اربعه وسبعون يوما لانه اعتبر في اوله طهرا كاملا
وقال ابو يوسف ومحمد يقبل قولها في تسعه وثلثين يوما اعتبارا باقل الحيض
وهو عندهما ثلثه ايام وباقل الطهر وهو خمسه عشر يوما وهذا الكلام
مبني على اصلين مضى الكلام في احدهما ويأتي الكلام في الاخر واذا كان ذلك
لم تخل حالها اذا انقضت عدتها بالاقرا من ان تذكر عادتها في الحيض والطهر
او لا تذكر فان ذكرت عادتها فيهما وان حيضها عشره ايام وطهرها
عشرون يوما سئلت عن طلاقها هل صادف حيضها او طهرها فان ذكرت
مصادفته لطهرها سئلت عنه هل كان في اوله او في اخره فاذا ذكرت
احداهما عمل عليه ونظر ما يوجبه حساب العادتين في ثلثه اقرا او قولها
ما ذكرته من حيض في اوله او اخره او طهر في اوله او في اخره فان وافق
ما ذكرته من انقضا العده ما اوجبه الحساب من عادتي الحيض والطهر كان ما ذكرته

بغير بينة الا ان يكذبها الزوج في قدر عادتها في الحيض والطهر فيدعي اكثر مما ذكرته
فيهما او في احدهما فيكون له احلافها لان قولها وان كان مقبولا فيهما او في احدهما فليكون
له احلافها لان قولها وان كان مقبولا فيهما فليس على قطع بصحته وما قاله الزوج
من الزيادة فيهما ممكن فلذلك كان له احلافها وان لم يوافق ما ذكرته من انقضا
العدة ما اوجبه حساب العادتين لم يقبل قولها في انقضا العدة الا ان اقرارها بالعادة
قد اكذب دعواها في انقضا العدة وان لم تذكر عادتها في الحيض والطهر سئلت
عن طلاقها هل كان في الحيض او في الطهر فان قالت كان في الطهر انقضت عدتها اذا
ذكرت في اثنين وثلثين يوما ولحظتين ان كانت حرة على ما بيناه وان كانت امة انقضت عدتها
في ستة عشر يوما ولحظتين لان عدتها قرآن فكانها طلقت في اخر طهرها وقد بقي منه
لحظة فلو انها بقيت ثم حاضت يوما وليلة ثم تطهر خمسة عشر يوما فتكون قد اتى
بانها فاذا دخلت في اول جزء من حيضتها انقضت عدتها الا ان هذه اللحظة الاخيرة
ليست من العدة وانما يعلم بها انقضا العدة وان قالت وهي حرة كان طلاق[ها]
في الحيض فاقل ما تنقضي به عدتها ان كانت حرة سبعة واربعون يوما ولحظتان
كانها طلقت في اخر حيضها ثم طهرت خمسة عشر يوما ثم حاضت يوما وليلة ثم طهرت
خمسة عشر يوما ثم حاضت يوما وليلة ثم طهرت خمسة عشر يوما ثم دخلت في اول
جزء من حيضها فيكون يومان للحيض وخمسة واربعون يوما للثلثة اطهار ولحظتان
اوله هي من العدة واخره ليست من العدة وان كانت امة فاثنان وثلثون يوما ولحظتان
وذلك حيضتان وطهران وان لم تذكر الحرة طلاقها هل كان في الحيض او في الطهر
حمل امرها على اقل الحالين وهو ان تكون في الطهر فتنقضي باثنين وثلثين يوما
ولحظتين وللزوج احلافها ان اكذبها ولا رجعة له ان حلفت وان نكلت ردت
اليمين عليه وراجع وهذا القول مقبول منها اذا كانت ممن يجوز ان تحيض وتطهر
بان تكون لها تسع سنين وبدون حد الاياس فان كانت صغيرة

او موسة لم يقبل قولها في ذلك **فصل** وان ادعت انقضا عدتها بوضع الحمل
بعد طلاقها قبل قولها بشرطين احدهما ان تكون ممن يجوز ان تلد وذلك بان تجاوز
التسع سنين مدة الحمل وتقصر عن زمان الاياس والثاني ان تمضي عليها بعد العقد
مدة اقل الحمل وذلك يختلف بحال ما وضعت فان كان سقطا مصورا لم يقبل في اقل
مدته ان تجاوز ثمانين يوما لقول النبي صلى الله عليه وسلم يكون خلق احدكم نطفة اربعين
يوما ثم علقة اربعين يوما ثم مضغة اربعين يوما وهو بانضمامه الى المضغة تتصور
خلقه وتنقضي به العدة وتصير به الامة ام ولد وان وضعته حيا كاملا فاقل مدته
ستة اشهر فيكون قولها مقبولا في ولادته في انقضا العدة وغير مقبول في
لحوقه بالزوج الا بتصديق او بينة فان كذبها الزوج في ولادته وقال استعرته
او اشتريته او التقطته وقالت بل ولدته انقضت به العدة بعد احلافها
عليه ان قولها مقبول في العدة ولم يلحق بالزوج الا ببينة ان قولها غير مقبول
في لحوقه وان كانت امة وادعت ولادته من سيدها لم يقبل قولها في كونها ام
ولد ولا في لحوقه بالسيد الا ببينة تشهد لها والفرق بين دعواها في ولادته
في انقضا العدة فيقبل وبين ادعائها ولادته في كونها ام ولد فلا تقبل ان الرجوع
كونها ام ولد انما الحكم بالحرية ورفع الملك مستحق والبر كذلك العدة والفرق
بين ان تقبل قولها في العدة ولا تقبل قولها في ثبوت النسب انها موتمنة
في العدة وغير موتمنة في لحوق النسب فلو علق طلاقها بولادتها فقد ذكرت انها
ولدت واكذبها ففي وقوع طلاقها به وجهان احدهما تقبل كما تقبل في حيضها
والثاني لا تقبل الا ان تقيم البينة على الولادة والفرق بينها اقامة البينة على الحيض
فصار قولها في الولادة مقبولا في انقضا العدة وغير مقبول في لحوق النسب
وفي كونها ام ولد وفي قولها في وقوع طلاقها وجهان **فصل** واذا كانت
من ذوات الشهور لصغر او اياس تعتد بها لانه انتهي اذا كانت حرة فان انقضا في وقت الطلاق

ولا نزاع بينهما في انقضا العده ولكن اختلفا فيه فادعت الزوجه انه طلقها في اول
رمضان وادعا الزوج انه طلقها في اول شوال فالقول قول الزوج مع يمينه
لان الطلاق بيده ولانا على يقين من حدوثه وله الرجعه عليها اذا طلق الى انقضا
ثلثه اشهر من شوال وان كانت متوفا عنها زوجها فاختلفت والورثه في وقت الوفاه
كان القول قولها قول الورثه مع ايمانهم لانها وقوع فرقه كالطلاق والورثه يقومون
فيها مقام الموروث ولو ادعا الزوجه تاخير الطلاق في شوال وادعا الزوج
تقديمه في رمضان فقد ادعت ما هو اضر بها في تطويل العده عليها فيقبل قولها
في بقا العده وفي قبول قولها في استحقاق النفقه وجهان ولا رجعه للزوج
عليها في المده التي اختلفا فيها من العده لانه قد اسقط حقه منها بالتكذيب
والله اعلم **مسله** قال الشافعي وهي محرمه عليه تحريم المبتوته حتى تراجع
وطلق ابن عمر امراته وكان طريقه على مسكنها فكان يسلك الطريق الاخرى كراهه
ان يستاذن عليها حتى يراجعها وهذا كما قال المطلقه طلاقا رجعيا وهو
ان يطلقها واحده او اثنتين بغير عوض وهو مدخول بها محرمه عليه قبل الرجعه
تحريم المبتوته في الوطي والاستمتاع والتطرق به قال عبد الله ابن عمر وهو
مذهب مالك وعطا واكثر الفقها وقال ابو حنيفه واصحابه تحل له وطيها
والاستمتاع بها كالزوجه ويجعل وطيه لها رجعه والكلام في الرجعه
بالوطي ياتي وهو مقصود في هذا الموضع على التحريم واستدل بقول الله تعالى
وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا فسماه بعلا فدل على بقا الزوجيه
والمحرمه الاستمتاع والتعليل قال لانه طلاق لا يقع به البينونه فوجب ان
لا يقع به التحريم كقوله ان دخلت الدار فانت طالق قال وهذا الفعل
اغلظ لانه ليس له ابطاله وله ابطال الطلاق الرجعي قال ولانها مده
مضروبه للتربص لا يمنع من اللعان فوجب ان لا يمنع التحريم كمده العنه

والايلا قال ولانه لفظ يتضمن اسقاط حقه فاذا لم يزل به الملك لم يقع به
التحريم كالبيع بشرط الخيار ولان الطلاق الرجعي لو اقتضى التحريم في العده
لم يصح ان يراجع الا بعقد مراضاه كالمنقضيه العده ولانها لو حرمت عليه
بالطلاق الرجعي لحد بوطيها ولما توارثا بالموت ولا وقع عليها طلاق
ولما صح منها ظهاره كالمبتوته وفي ثبوت ذلك كله دليل على جواز استباحتها
كالزوجه ودليلنا قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك فدل على تحريمها
بالطلاق حتى يردها بالرجعه ثم قال ان ارادوا اصلاحا فقال الشافعي اصلاح
الطلاق بالرجعه فدل على ثبوت الفساد قبل الرجعه والبين في شبهته فعلا
دليل على وقوع التحريم كالمحرمه والحائض وقول النبي صلى الله عليه لعمر مره
فليراجعها ثم ليمسكها فدل على انه قبل الرجعه الى ان يمسكها ولذلك كان
ابن عمر لا يمر على مسكنها قبل الرجعه حتى يراجع ولانها معتده فوجب ان
تكون محرمه كالبائن ولانه طلاق يمنع من السفر بها فوجب ان يمنع من الاستمتاع
بها كالمختلعه ولان كل معنى اوقع الفرقه اوقع التحريم كالفسخ ولان حكم الطلاق
مضاد لحكم النكاح فلما كان كل نكاح اذا صح اوجب الاباحه وجب ان يكون كل
طلاق اذا وقع اوجب التحريم فاما الايه فقد جعلناها دليلا واما الجواب
عن قياسه على قوله ان دخلت الدار فانت طالق فهو ان الطلاق لم يقع عليها
فلم تحرم عليه الا تراه لو طلقها بدخول الدار لكان محرما عليه قبل دخولها
لعدم وقوعها وهذه قد وقع الطلاق عليها فثبت تحريمها كالبائن بثلث او دونها
واما قياسه على مده الايلا والعنه فالمعنى فيها انها مده لم تقع بها الفرقه
وقدر العده قد وقعت بها الفرقه واما قياسه على البيع في مده الخيار
فالجواب عنه ان الملك لم يستقل الا بانقضائه على اصح اقاويله ولان
منع المبيع قد رفعه والرجعه لا ترفع الطلاق وانما ترفع

حكمه ولا حكم له الا التحريم فدل على ثبوته واما استدلالهم بانه لا ينفرد باستباحته
ولم يفتقر الى عقد مراضاة فلم يوجب التحريم فيما ابطل بالنكاح من الحربيين اذا اسلم
احدهما كان التحريم واقعا وان ارتفع باسلام المتاخر منهما واما استدلالهم
بان ما وجب التحريم منع الارث واوجب الحد فباطل بالحيض في الاحرام والظهار
مسألة قال الشافعي ولما لم يكن نكاح ولا طلاق الا بكلام فلا تكون الرجعة
الا بالكلام وهذا كما قال لا تصح الرجعة الا بالكلام من الناطق وبالاشارة من الاخرس
ولا تصح بالفعل من الوطء والاستمتاع وقال ابو حنيفة تصح الرجعة بالقول وبالفعل
كالوطء والقبلة حتى لو نظر اليها بشهوة صحت الرجعة وقال مالك ان نوى بالوطء
الرجعة صحت وان لم ينو لم تصح استدلالا بقول الله تعالى وبعولتهن احق بردهن
في ذلك ان ارادوا اصلاحا والرد يكون بالفعل كما يكون بالقول كرد الوديعة ولانها
مدة مضروبة للفرقة فصح رفعها بالفعل كالايلاء والعنة ولانها مدة
تفضي الى زوال الملك فصح رفعها بالقول والفعل كمدة الخيار في البيع
ولان تاثير الوطء اغلب في الاباحة من القول كالمطلقة ثلثا لا تستباح الا بوطء
زوج فلما استبيحت الرجعة بالقول فاولى ان تستباح بالفعل ودليلنا
قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا
ذوي عدل منكم ففي الاية دليلان احدهما قوله فامسكوهن بمعروف فدل على اباحة
الامساك انه يكون بغير الامساك والثاني امره بالاشهاد على الرجعة اما واجبا
على القديم او ندبا على الجديد فدل على انها على وجه يصح فيه الشهادة والوطء
مما لم تجر بالاشهاد عليه عادة وقول النبي صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها
فدل على وجوب الرجعة قبل امساكها وان لا يكون امساكها رجعة ولانه
رفع لحكم طلاق فلم يتم الا بالقول مع القدرة عليه كالبائن ولانها
جارية في فرقة فلم يصح امساكها بالوطء كالردة وخبر الحربيين اذا اسلم

احدهما ولانه فعل مع القدرة على القول فلم يصح به الرجعة كالقبلة لغير شهوة
ولان ما لا يكمل به المهر لم يصح به الرجعة كالخلوة ولان العدة تجب من الوطء
فاستحال ان يقطع العدة بالوطء لانه لا يوجب الشيء القاطع له الا ترى ان
الوطء المستباح بالعقد فاستحال ان يقطع العقد فاما الجواب عن الاية
فهو ان الرد على ضربين مشاهد وحكم فرد المشاهد لا يكون الا بالفعل كالوديعة
ورد الحكم فلا يكون الا بالقول كقوله ان رددت فلانا الى مذهبي او الى مودتي
ورد الوديعة حكم فلم يكن الا بالقول واما الجواب عن قياسهم على مدة الايلاء
والعنة فهو ان المدة غير مضروبة في الايلاء والعنة للفرقة وانما هي
مضروبة لاستحقاق المطالبة والمدة في الطلاق الرجعي غير مضروبة
للفرقة لوقوع الفرقة بالطلاق دون المدة فلم يسلم وصف العلة في اصلها
وفرعها ثم مدة الايلاء والعنة المعنى فيهما انها لا ترتفع بالقول فلذلك ارتفعت
بالوطء وهذه لما ارتفعت بالقول لم ترتفع بالوطء واما الجواب عن قياسهم
على مدة الخيار فالمعنى فيها انها استباحة ملك واستفادة مال يجوز ان يكون
بالقول والفعل وليس كذلك الرجعة واما الجواب عن استدلالهم بتاثير
الوطء في المطلقة ثلثا فهو ان ذلك الوطء انما هو تغليظ الواجب ليكون استباحتها
بنكاح والتغليظ به فلم يجز ان يعتبر في الرجعة موجبا استباحة نكاح
لمعنى يختص به **مسألة** قال الشافعي والكلام ان يقول قد راجعتها
او ارتجعتها او رددتها وهذا صحيح ان الرجعة اذا لم تكن الا بالكلام
اختصت بالصريح دون الكناية والصريح في الرجعة لفظتان احدهما
راجعتك وارتجعتك والثانية رددتك او ارددتك واما كونهما صريحين
لورود الشرع بهما اما رددتك فصريح بالكتاب قال الله تعالى وبعولتهن
احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا واما راجعتك فصريح بالسنة

قال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر مره فليراجعها ثم العرف الجاري به فلم يختلف اصحابنا
في قوله راجعتك انه صريح واما رددتك فقد نص الشافعي في كتاب الام
على انه صريح ولم يذكره في القديم والاملا فوهم الربيع فخرج فيه قولا اخر
انه كناية لا يصح به الرجعة الا بنية لان الشافعي لم يذكره في القديم والاملا
وقد الذي خرجه جمهور اصحابنا فاما قوله قد امسكتك فقد اختلف اصحابنا
هل يكون صريحا تصح به الرجعة ام لا على وجهين احدها وهو قول ابي سعيد
الاصطخري انه صريح فيها لقول الله تعالى فامسكوهن بمعروف والوجه
الثاني انها كناية لا تصح بها الرجعة والفرق بين امسكتك حيث لم يكن صريحا
وبين راجعتك ورددتك حيث كان صريحا ان المطلقة مرسلة مخلاة والعرب
تقول لما خرج من البداد العبد انها قد ارجعته ورددته ولا تقول امسكته
اذ لما كان في اليد لم يخرج عنها فلذلك ما افترقا في حكم الرجعة
واما اذا راجع بلفظ النكاح والتزويج فقال قد تزوجتك او نكحتك ففيه وجهان
احدهما تصح به الرجعة لان ما صح به اغلظ العقدين كان احرى ان يصح به اخفهما والوجه
الثاني وهو اصح انه لا تصح به الرجعة لان صريح كل عقد اذا نقل الى غيره
صار كناية فيه كصريح البيع في النكاح وصريح الطلاق في العتق والرجعة لا تصح
بالكناية وليس اذا انعقد الاقوى بلفظ كان صريحا فيه وجب ان ينعقد به
الاضعف الا ترى ان ما انعقد به النكاح الذي هو اقوى لم يقع به الطلاق والذي
هو اضعف **فصل** فاذا تقرر ما وصفنا فان صريح الرجعة لفظتان
راجعتك او رددتك فالاولى ان يصل ذلك باحد امرين اما ان يقول راجعتك الى النكاح
او يقول راجعتك من الطلاق فهذا ان كانت حاضرة وان كانت غائبة وذكر
اسمها فقال راجعت فلانة او رددت فلانة لان الرجعة زوجة
وان كانت بحضرته فان قال راجعتك او رددتك ولم يصله الى النكاح او من
الطلاق صح وثبتت الرجعة لان الرجعة لا تكون الا من طلاق والى نكاح

وان لم يذكر اسمها مع الغيبة وقال راجعتها صحت الرجعة اذا قيل ان الشهادة فيها
ندب ولم يصح ان قيل ان الشهادة واجبة **فصل** واذا تلفظ بالرجعة
صحت وان لم ينوها نص عليه الشافعي وان قال راجعتك للمحبة او قال راجعتك
من الاذى صحت الرجعة ولو قال راجعتك بمحبتك او قال راجعتك بفضلك لم تصح
الرجعة لان الرجعة هاهنا الى المحبة وهناك الى النكاح لاجل المحبة ولو قال
قد اخترت رجعتك او قد شئت رجعتك فان اراد انه قد اختار او قد شاء
ان يراجعها من بعد لم يكن ذلك رجعة لانه اخبار عن ارادته لا عن رجعته
وان اراد بذلك الرجعة في الحال وانه قد اختارها كذلك فقد عقدها ففي صحة
رجعته وجهان احدهما يصح لان اختيار الرجعة اوكد في صحتها والوجه الثاني
لا يصح لانه لما صار محتملا يسال عنه خرج عن حكم الصريح الى الكناية والرجعة
لا تصح بالكناية وعلى هذا لو تلفظ بها بولي وشاهدي عدل لم يكن نكاحا وهل يكون رجعة
ام لا على ما ذكرنا من الوجهين **فصل** واذا قال قد راجعتك ان شئت فشاءت
لم تصح الرجعة لانها عقد فلا تتعلق بشرط والعقود اذا علقت بشروط منتظرة
لم تصح كما لو قال راجعتك ان جاء المطر او قدم زيد او قال مثل ذلك في عقد النكاح
ولو قال قد راجعتك اذا جاء غد او في راس الشهر لم تصح الرجعة لانه عقد
تعلق بمدة منتظرة وان قال راجعتك امس لم تصح الرجعة الا ان يريد الاقرار بها
عن رجعة كانت منه بالامس فيكون اقرارا بالرجعة والا فيكون نفسه رجعة ولو قال
لها كلما طلقتك فقد راجعتك ثم طلقها لم تصح الرجعة لتقدمها على موجبها من الطلاق
حتى يستانفها بعد الطلاق والله اعلم **مسالة** قال الشافعي ولو وطئها
ينوي الرجعة او لا ينويها فهو جماع شبهة ويعزران ان كانا عالمين ولها صداق
مثلها وعليها العدة ولو كانت اعتدت بحيضتين ثم اصابها ثم تكلم بالرجعة
قبل ان تحيض الثالثة فهي رجعة ولو كانت بعدها فليست برجعة ومن

انقضت من يوم طلقها العدة فلا تحل له حتى تقضي عدتها من يوم مسها
قد ذكرنا ان الوطي لا يكون رجعة وقول الشافعي ولو جامعها ينوي الرجعة
اراد به ملكها او انوي بها اراد به الحقيقة وقد مضى الكلام عليها فاذا وطيها
في العدة قبل الرجعة فهو وطي الشبهة لاختلاف في اباحته والكلام فيه
يشتمل على خمسة فصول في الحد والتعزير والمهر والعدة والولد واما الحد
فلا يجب لامرين احدهما انه وطي مختلف في اباحته فاشبه الوطي فيما اختلف
فيه من نكاح المتعة والشغار والنكاح بغير ولي والثاني ان الرجعية
زوجة لتوارثهما وان حرم وطيها كالمحرمة والحائض واما التعزير فان
اعتقدا اباحته او جهلا تحريمه فلا تعزير عليهما لانه لما كانت الشبهة مسقطة
للحد فاولى ان يسقط التعزير وان اعتقدا تحريمه ولم يجهلا عزرا فان اعتقد
احدهما تحريمه وجهله الاخر عزر العالم منهما دون الجاهل واما المهر فواجب
عليه بهذا الوطي انها وان كانت في حكم الزوجات فهي جارية في البينونة فاشبه
وطي زوجته المرتدة في عدتها ووطي من اسلم عن حربية في عدتها يلزمه
مهر المثل بوطيها لانها وطيا من هي جارية في فسخ فاذا وجب عليه المهر
بوطيه لم يخل حاله ان يراجع في العدة او لا يراجع فان لم يراجع استقر
عليه وجوب المهر وان راجع فالذي نص عليه الشافعي ان المهر لا يسقط
بالرجعة وقال في وطي المرتدة والحربية ان المهر يسقط بالاسلام واختلف
اصحابنا فخرجه ابو سعيد الاصطخري ينقل جواب كل واحدة من المسلمين
الى الاخرى وخرجهما على قولين احدهما ان المهر يسقط بالرجعة وباسلام
المرتدة والحربية لانها بالرجعة والاسلام تكون معه بالنكاح الاول فلا
يجب عليه مهران والقول الثاني ان المهر لا يسقط بالرجعة ولا بالاسلام
المرتدة والحربية لانه قد وجب بالوطي فلم يسقط بعد الوجوب فان راجع

ولم يسلم وقال ابو اسحق المروزي واكثر اصحابنا جواب كل واحدة من المسلمين
على ظاهره ولا يسقط وطي المطلقة بالرجعة ويسقط وطي المرتدة والحربية
بالاسلام والفرق بينهما ان الرجعة لا ترفع ما وقع من الطلاق لانها تكون معه على
ما بقي من عدد الطلاق وليس كذلك الاسلام لانه يرفع حكم الردة والشرك ولا يكون
معه بعد الطلاق الذي ملك بالنكاح فصار الطلاق جارحا للنكاح والردة لم تحرمه
واما العدة فواجبة بهذا الوطي لانه وطي شبهة فاشبه وطي الاجنبية
بشبهة وعليها ان تستانف ثلثة اقراء من بعد هذا الوطي وان كانت من
ذوات الاقراء ويكون الباقي من عدة الطلاق داخلا في العدة وما زاد عليه
مختصا بهذا الوطي مثاله ان يكون قد وطيها بعد قرئين من عدتها وبقي لها قرء
فياتي بثلثة اقراء منها قرء عن عدة الطلاق والوطي لانهما في حق شخص واحد
فقد تداخلا وانما لا تتداخل العدتان اذا كانا في حق شخصين ويكون القرءان
الباقيان مختصين بعدة الوطي دون الطلاق وله ان يراجعها فيما بقي من
عدة الطلاق وليس له ان يراجعها فيما بقي من عدة الوطي لانها قد بانت بانقضاء
عدة الطلاق والرجعة لا تصح من بائن لكن له ان يتزوجها فيما بقي من عدة الوطي
وليس كذلك غيره لانه لا يعتد بانقضائها الا العدة تجب عليها لحفظ مائه فجاز
اذا تزوجها في العدة كان زمانه محفوظا فجاز واذا تزوجها غيره كان مختلطا
فلا يجوز واما الولد فلاحق به لانها فراش له بالعقد وفراش لما استحدث
من وطي الشبهة فان وضعته لاقل من ستة اشهر من الوطي انقضت
به عدة الطلاق فكان له الرجعة ما لم تضع ولم تنقض به عدة الوطي واستانفت
جميع اقرائها بعد الوضع لان ما تقدم من اقرائها كان قبل الوطي وان
وضعته لستة اشهر فصاعدا من وقت الوطي انقضت به العدتان معا

وكان على رجعتها ما لم تضع سواء حاضت على الحمل او لم تحض لان حيضها على
الحمل لا تنقضي به العدة والاعتداد به من الاقراء وان اجري عليه حكم الحيض في
مسالة ولو اشهد على رجعتها ولا علم لها بذلك وانقضت عدتها فتزوجت
فنكاحها مفسوخ ولها مهر مثلها ان كان مسها الاخر وهي زوجة الاول وقال رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا انكح الوليان فالاول احق ومقدمة هذه المسالة
ان الرجعة تصح بغير اذن الزوجة لان رضاها غير معتبر في ابتداء النكاح
لانه رفع تحريم طرى على عقد النكاح فلم يعتبر رضاها في رفعه كالظهار والاحرام
واذا لم يكن رضاها معتبرا بما ذكرنا فعلمها غير معتبر كالطلاق لان اعلامها
مقصود به الرضا فثبت بذلك ان الرجعة بعلمها وغير علمها ومع حضورها
وغيبتها جائزة فلو طلق وغاب وتزوجت بعد انقضاء العدة وقدم الزوج
فادعى انه راجعها قبل انقضاء العدة فله حالتان حال يقيم البينة على رجعته
وحالة يعدمها فان اقام البينة عليها وهي شاهدان عدلان لا غير كان نكاح
الثاني باطلا سواء دخل بها او لم يدخل وقال مالك ان دخل بها الثاني كان
احق بها من الاول وان لم يدخل بها كان الاول احق بها من الثاني فجعلها كالوليين
اذا زوجا امراة وقد مضى الكلام معه على ذلك في كتاب النكاح ودليلنا
عليه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا انكح الوليان فالاول احق ولان
وطء الثاني حرام والوطء المحرم لا يفسد نكاحا صحيحا ولا يصحح نكاحا فاسدا ولانهما
قد استويا في الوطء وفضل الاول بصحة العقد ومن هنا قال علي ابن ابي
طالب ومن مذهب مالك قال عمر بن الخطاب في الثاني وهي احد المسائل
الثلث التي اختلف فيها عمر وعلي والعباس فيها مع علي واذا ثبت انها
زوجة الاول بعد ثبوت رجعته لم يخل حال الثاني من ان يكون قد
دخل بها او لم يدخل فان لم يدخل بها فلا مهر عليه ويخلى اصابتها للاول في

الحال وان دخل بها الثاني وجب عليها العدة من اصابته وعليه
مهر مثلها دون المسمى وهي محرمة على الاول حتى تنقضي عدتها من الثاني
لانها معتدة من غيره ولا نفقة عليه في مدة العدة لتحريمها عليه بسبب
من جهتها ولا على الثاني لفساد نكاحها فاذا انقضت عدتها عادت
الى الحالة الاولى **فصل** وان عدم البينة على رجعته فدعواه مسموعة
على الزوجة وعلى الزوج الثاني وكل واحد منهما فيها خصم لان
الزوجة مدعاة والزوج الثاني متمسك فلذلك صارا فيها خصمين للاول
فاذا ادعى ذلك عليهما فلهما اربعة احوال احدها ان يصدقاه على
الرجعة فيبطل نكاح الثاني فان لم يكن قد دخل بها فلا مهر عليه ولا حد
وعادت الى الاول بنكاحه الاول وحل له وطؤها في الحال وان دخل بها
الثاني نظر فان كانا عالمين بالرجعة فهما زانيان وعليهما الحد ولا مهر
عليه ولا عدة عليها وهي حلال للاول من غير عدة ولو توقف على اصابتها الى
انقضاء العدة كان اولى وان لم يتوقف فلا حرج كما لو زنت تحته وان كانا
جاهلين بالرجعة فلا حد عليهما للشبهة وعليه مهر المثل دون المسمى وعليها
العدة وهي محرمة على الاول حتى تنقضي عدتها من الثاني والنفقة لها في العدة
فيهما في زمان العدة فان جاءت بولد نظر فيه وكانت حاله منقسمة اربعة
اقسام احدها ان يمكن لحوقه بالاول دون الثاني لولادته لاقل من اربع سنين
من طلاق الاول واقل من ستة اشهر من اصابة الثاني فهذا لاحق بالاول
دون الثاني ولا تنقضي به عدتها من الثاني وعليها ان تعتد بالاقراء من اصابته
والقسم الثاني ان يمكن لحوقه بالثاني دون الاول لولادته لاكثر من اربع
سنين من طلاق الاول ولاكثر من ستة اشهر من اصابة الثاني فهذا لاحق
بالثاني وتنقضي عدتها منه بوضعه وتعود الى النكاح الاول

بعد ولادته والقسم الثالث ان لا يمكن لحوقه بواحد منهما لولادته لاكثر
من اربع سنين من طلاق الاول واقل من ستة اشهر من اصابة
الثاني فلا يلحق بالثاني لاستحالة كونه من اصابته ولا بالاول لاستحالة
علوقه بعد طلاقه وعليها ان تعتد من اصابة الثاني بالاقراء والقسم الرابع
ان يمكن لحوقه بكل واحد منهما لولادته لاقل من اربع سنين من طلاق الاول ولاكثر
من ستة اشهر من اصابة الثاني فيعرض على القافة ولا يعتبر تصادقهما
عليه لان لحوق النسب حق للولد فاذا الحقته القافة باحدهما لحق به وكان الجواب
فيه على ما مضى فهذا اذا كانا جاهلين بالرجعة فان كان الزوج جاهلا بها
والزوجة عالمة بها حدت دونه ولا مهر لها لوجوب الحد عليها وعليها
العدة لسقوط الحد عن الزوج ولحوق الولد به اذا امكن على ما مضى وان كانت
الزوجة جاهلة بها ولها المهر لسقوط الحد عنها والعدة عليها لوجوب الحد
على الزوج وينفى النسب عنه فهذا حكم الحال الاولى اذا صدقاه **فصل**
والحال الثانية ان يكذباه على الرجعة فالقول قولهما مع ايمانهما لان الاصل
عدم الرجعة والظاهر صحة النكاح فلم يقبل دعوى الاول في احداث الرجعة
وابطال النكاح واذا كان كذلك فللزوجة وللزوج الثاني اربعة احوال
احدها ان يحلفا جميعا فيحلف الزوج الثاني على العلم فيه وهل تحلف الزوجة
بعد يمين الثاني ام لا على قولين احدهما لا تحلف لان اليمين توجب رجوع
الحالف مقضي عليه بالدعوى وهذه لو رجعت لم يقض للاول بها بعد
يمين الثاني فلم يكن ليمين الزوجة معنى والقول الثاني انها تحلف حتى ان نكلت
قضي عليها بالمهر للاول وان حكم بانها زوجة للثاني والحال الثانية
ان ينكلا جميعا عن اليمين فترد اليمين على الزوج الاول فاذا حلف حكم له بالزوجية
وهل تجري يمينه بعد نكولهما مجرى البينة او الاقرار على قولين احدهما
تجري مجرى الاقرار فعلى هذا ان كان الثاني لم يصب

فعليه نصف المهر وان اصاب فعليه جميع المسمى والثاني انها تجري مجرى البينة
فعلى هذا ان كان الثاني لم يصب فلا شيء عليه وان اصاب فعليه مهر المثل دون
المسمى والزوجة في العدة والولد على ما مضى في الحال الثالثة ان يحلف الزوج الثاني
وتنكل هي عن اليمين فيحكم بانها زوجة للثاني بيمينه وهل يكون لنكولها تاثير ام لا
على قولين من اختلافهما في وجوب اليمين عليها فان قيل انها لا تجب لم ترد اليمين على
الاول واذا حلف قضي له عليها بمهر المثل والحال الرابعة ان تحلف الزوجة وينكل
الزوج الثاني عن اليمين فتكون زوجة للثاني لسقوط حق الاول بيمينها والمؤثر نكول
الثاني لسقوط حق الاول بيمينها والمؤثر نكول الثاني في سقوط حق الاول
فهذا حكم الحال الثانية اذا كذباه **فصل** والحال الثالثة ان تصدقه
الزوجة ويكذبه الزوج فالقول قول الزوج الثاني مع يمينه ولا تصدق عليه
الزوجة في ابطال نكاحه فان حلف الثاني كانت زوجته دون الاول وهل
للاول ان يرجع عليها بمهر المثل ام لا على قولين بناء على اختلاف قوليه فيمن قال
هذه الدار لزيد بل لعمرو واصحهما ان له عليها مهر المثل لانها قد فوتت بضعها
على نكاح الثاني فصار كالمفوتة برضاع والقول الثاني لا مهر له عليها
لانها ما فوتت بيمينها وانما الحكم نفذ عليها فان فارقها الثاني بموت
او طلاق عادت الى الاول بالتصديق المتقدم وان نكل الزوج الثاني عن اليمين
ردت على الزوج الاول فان حلف حكم له بالنكاح وان نكل كانت زوجة الثاني وعلى
نكاحه ولم يكن للاول ان يرجع عليها بالمهر لانه قد اسقط حقه منها بالنكول فان فارقها
الثاني بموت او طلاق عادت الى الاول باقرارها الاول **فصل** والحالة
الرابعة ان يصدقه فيها الزوج الثاني وتكذبه الزوجة فيبطل نكاح الثاني بتصديقه
لاقراره على نفسه بفساده ولا يقبل على الزوجة في سقوط مهرها فان كان قبل
اصابته وجب عليه نصف مهرها المسمى وان كان بعد الاصابة وجب عليه جميعه

ثم القول قولها مع يمينها لا تحلف في ابطال رجعته الاولى فان حلفت فلا رجعة
عليها للاول وهي باين منه وحلية من زوج وان نكلت ردت اليمين على الزوج
فان حلف حكم له بالرجعة وكانت له زوجة وان نكل عن اليمين فلا رجعة له عليها
وقد اسقط حقه بنكوله والله اعلم ❊ مسألة قال الشافعي ولو ارتجع بغير بي
نة واقرت بذلك فهي رجعة وكان ينبغي ان يشهد اما الرجعة فلا تفتقر الى ولي
ولا الى قبول الزوجة ويجوز للزوج ان ينفرد بها وهل تفتقر الى الشهادة
وتكون شرطا في صحتها ام لا على قولين احدهما قاله في الاملاء ان الشهادة في الرجعة
واجبة مع التلفظ بها فان لم يشهد كانت الرجعة باطلة لقول الله واشهدوا
ذوي عدل منكم وهذا امر يقتضي الوجوب ولانه عقد يستباح به بضع
الحرة فوجبت فيه الشهادة كالنكاح والقول الثاني نص عليه في القديم والجديد
انها مستحبة وليست بواجبة لانه لما لم يعتبر فيها شروط النكاح في عقد
الشهادة من الولي والقبول لم يعتبر فيها الشهادة ولانها رفع تحريم طرى
على النكاح فاشبه الظهار ولان البيع اوكد منها لاعتبار القبول فيه دونها
ثم لم تجب الشهادة في البيع فكان بان لا تجب في الرجعة اولى فاما قوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم فهو عطف على الرجعة في قوله فامسكوهن بمعروف وعلى
الطلاق في قوله او فارقوهن بمعروف ثم لم تجب في الطلاق وهو اقرب المذكورين
فكان بان لا تجب في الرجعة لبعدها اولى فعلى هذا تكون الشهادة عليها
ندبا ان لم يشهد صحت الرجعة وهل يكون مندوبا الى الاشهاد على اقرارها
بها ام لا على وجهين ❊ مسألة قال الشافعي ولو قال قد راجعتك قبل انقضا
عدتك وقالت بعد انقضائها فالقول قولها اما اذا اختلفا في الرجعة في العدة
بانه قال الزوج راجعتك وقالت لم تراجعني فالقول فيها قول الزوج
لانه في حال يملك فيها الرجعة فملك الاقرار فيها بالرجعة كالطلاق واذا

خصام

ملك الزوج ملك الاقرار بها بعد طهر وان لم يتعلق بها قبل الرجعة حق على الزوج
فلا يمين عليه لان الرجعة لما جاز ان له ان يستقر عليها صار مؤتمنا
عليها فاذا لم يتعلق بها حق لغيره لم يلزمه احلافه عليها وان تعلق عليه
حق للزوجة قبل اقراره بالرجعة لانه وطيها قبل اقراره بها وطالبته
بالمهر لاجل وطيه وانكر وجوب المهر بما اقر به من الرجعة قبل وطيه احلف
على رجعته ولم يسقط دعواها بالانكار واما اذا اختلفا في الرجعة بعد انقضا
العدة فقال الزوج راجعتك قبل انقضا العدة فلا يخلو انكارها له من احد امرين
اما ان تجحده الرجعة واما ان تعترف بها وتدعي انقضا العدة قبلها فان جحدت ان
يكون قد راجعها فلهذه الدعوى فالقول قولها مع يمينها لانها قد ملكت
نفسها في الظاهر بالطلاق المتقدم فلم يقبل دعوى الزوج فيما يخالفه من رفع عصمته
وان اعترفت له بالرجعة الا انها انكرت ان يكون في العدة وادعت انقضا
عدتها قبل الرجعة فالذي نقله المزني هاهنا ان القول قول الزوجة
مع يمينها ولا رجعة ونقل المزني في نكاح المشرك اذا اسلم الزوج بعد
تقدم اسلام الزوجة ثم اختلفا فقال اسلمت قبل انقضاء عدتك فنحن على
النكاح وقالت الزوجة بل اسلمت بعد انقضاء عدتي فلا نكاح بيننا ان القول
قول الزوج مع يمينه في تقدم اسلامه وهما على النكاح وقد حكاه بعض اصحابنا
عن الشافعي في اختلافهما في الرجعة ان القول فيها قول الزوج مع يمينه
واختلف اصحابنا في ذلك على ثلثة اوجه احدها وهو قول متقدمي اصحابنا انها على
قولين احدهما وهو الاصح ان القول قولها لامرين لان اقامة البينة على
انقضا العدة متعذرة واقامتها على الرجعة ممكنة ولذلك عملت قولها في
انقضا العدة على قوله في تقدم الرجعة لتعذر البينة من جهتها وامكانها
من جهته والقول الثاني ان القول قوله في تقدم الرجعة دونها لان

الرجعة من فعله صادرة عن اختياره وليس انقضاء العدة من فعلها ولا صادر عن اختيارها فكان قوله فيها امضى ودعواه فيها اقوى والوجه الثاني وهو قول ابي العباس ابن سريج وابي اسحق المروزي انه ليس ذلك على قولين بل القول فيه قول من سبق بالدعوى فان سبقت الزوجة بان عدتها قد انقضت واستقر قولها في [illegible] ثم جاء الزوج يدعي تقدم الرجعة فالقول قولها مع يمينها بالله انها لا تعلم تقدم الرجعة فيكون يمينها على نفي العلم لانها على نفي فعل الغير وان سبق دعوى الزوج بانه قد راجع زوجته في العدة واستقر قوله في الرجعة ثم جاءت الزوجة فادعت انقضاء عدتها قبل الرجعة كان القول قوله مع يمينه بالله انه لا يعلم انقضاء عدتها قبل رجعته وانما كان كذلك لاستقرار الحكم بما سبقت به الدعوى فلم يبطل بما حدث بعده من الدعوى كاختلاف الوكيل والموكل بعد بيع الوكيل هل كان بيعه قبل فسخ الوكالة فيصح او بعد فسخها فيبطل فانه معتبر باسبقهما قولا فان بدا الوكيل فقال قد بعت السلعة بوكالتك وقال الموكل قد فسخت وكالتك قبل بيعك ان القول قول الوكيل لان قوله قد كان في حال الوكالة نافذا فصار مقبولا على موكله وان سبق الموكل وقال فسخت وكالتك فقال الوكيل بل بعت قبل فسخك فالقول قول الموكل لان الوكيل قد خرج من الوكالة بفسخه فلم يقبل قوله بعد فسخ وكالته كذلك حكم احدهما في تقدم الرجعة وانقضاء العدة ويكون معتبرا باسبقهما قولا اذا استقر قوله من غير ان يتصل بالاخر فان اتصل بالاخر لم يستقر معه حكم السبق اما ان تبدا الزوجة فتقول قد انقضت عدتي فيقول الزوج جوابا لها قد راجعتك قبل انقضاء عدتك او يبدا الزوج فيقول قد راجعتك في عدتك فتقول الزوجة جوابا له قد انقضت عدتي قبل رجعتك فلو اتفقا في حال الدعوى سوا او التقوى قول من سبق منهما بالدعوى اذا اخذت بالانكار

لان حكم قوله لم يستقر واذا كان كذلك صارا فيها سيا ومن القول حينئذ على هذا الوجه قول الزوجة دون الزوج لمعنيين يصح بها قولها انها حادثة في فسخ وان قولها بعد حيضها مقبول والوجه الثالث وقد اشار اليه المزني واختاره الداركي انهما ان اتفقا في وقت انقضاء العدة واختلفا في وقت الرجعة كانه قال راجعتك في شعبان وانقضت عدتك في رمضان وقالت انقضت عدتي في رمضان وراجعتني في شوال فالقول قول الزوج مع يمينه لان اختلافهما في الرجعة دون العدة والرجعة من فعله دونها فوجب ان يكون القول فيها قوله مع يمينه على تقدم رجعته لدعواها تاخر عدتها لانه يحلف على ما اختلفا فيه وهو الرجعة دون العدة فيقول والله لقد راجعتك قبل انقضاء عدتك فيكون يمينه على القطع لانها من اثبات وان اتفقا على وقت الرجعة واختلفا في وقت انقضاء العدة كانها قالت انقضت عدتي في شعبان وراجعتني في رمضان فقال الزوج راجعتك في رمضان ثم انقضت عدتك في شوال فالقول قول الزوجة مع يمينها لانه يختلف في انقضاء العدة لا في وقت الرجعة فكان القول قولها لانها مؤتمنة على عدتها فتحلف بالله لقد انقضت عدتها قبل رجعتك على القطع لانها يمين اثبات والله اعلم

مسألة قال الشافعي ولو دخل بها ثم طلق وقال قد اصبتك وقالت لم يصبني فلا رجعة ولو قالت اصابني وانكر فعليها العدة باقرارها ولا رجعة له عليها باقراره اما قول الشافعي ولو دخل بها يعني خلا بها وقد ذكرنا احكام الخلوة في دخول الرجل بها وان تعلقا عليهما بابا او ارخيا عليهما سترا وذكرنا في كتاب النكاح اختلاف قول الشافعي فيها على ثلاثة اقاويل احدها وهو قوله في القديم وبه قال ابو حنيفة ان الخلوة كالاصابة في كمال المهر ووجوب العدة واستحقاق النفقة فعلى هذا يكون كالاصابة في ثبوت الرجعة ان ادعا وجهين

والقول الثاني وهو قوله في الاملا وبه قال مالك انها كالبكر لمدعي الاصابة
منهما فحلف عليهما وحكم له بها زوجا كان او زوجة والقول الثالث وهو
قوله في الجديد انه لا حكم لها في استكمال المهر ولا في وجوب العدة ولا
في ثبوت الرجعة وان وجودها كعدمها ه **فصل** فاذا تقررت
هذه الجملة واختلف الزوجان في الاصابة اما مع عدم الخلوة او مع وجودها
على قوله الجديد الذي لا تاثير فيه في الخلوة مسئلتان احدهما ان يدعي الزوج
الاصابة وينكرها الزوجة والثاني ان تدعي الزوجة الاصابة وينكرها
الزوج فان ادعاها الزوج وانكرتها الزوجة فادعاوه لها انما هو
لاثبات الرجعة عليها فيكون القول قولها في انكارها الاصابة مع يمينها بخلاف
المولي والعنين حيث كان القول قولهما في ادعاء الاصابة دونها والفرق بينهما
ان الاصل في المولي والعنين بقاء الزوجية فكان القول قولهما في ادعاء
الاصابة استصحابا لهذا الاصل في ثبوت العقد والاصل هاهنا
وقوع الفرقة فكان القول قولها في الاصابة وعدمها استصحابا لهذا الاصل
في ثبوت الفرقة فاذا حلفت هذه المطلقة انه طلقها من غير اصابة فلا
عدة عليها ولا رجعة له فاما المهر فان كان في يد الزوج فليس لها المطالبة
الا بالنصف لانها لا تدعي اكثر منه وان كان في يدها لم يكن للزوج مطالبتها
بشي منه لانه مقر لها باستحقاق جميعه فان نكلت الزوجة عن اليمين
ردت على الزوج فاذا حلف حكمنا عليها بالعدة وله بالرجعة لانه حق عليها
فقبل فيه ردها لليمين ولو رجعت واقرت بالاصابة قبل رجوعها
لانه حق عليها فقبل فيه رجوعها ولانها لو انكرت اصل النكاح ثم اعترفت
به صح وجاز لهما الاجتماع فكان الرجوع الى الاعتراف بالاصابة اولى بالقبول
فصل فاذا ادعت الزوجة الاصابة وانكرها الزوج فالقول قول الزوج
مع يمينه وليس لها من المهر الا النصف ولا نفقة لها ولا رجعة له وعليها
العدة باقرارها لان دعواها قد تضمنت ما يتبعها وهو كمال المهر ووجو

ووجوب العدة فقبل قولها فيما يضرها من وجوب العدة ورد فيما يتبعها
من كمال المهر ووجوب النفقة وان حلف الزوج فالحكم فيه ما ذكرنا وان نكل
ردت اليمين على الزوجة فاذا حلفت حكمنا لها عليه بكمال المهر ووجوب النفقة والعدة **فصل**
فلازمة بالاقرار الاول ولا رجعة للزوج لانه بانكار الاصابة مبطل لرجعته
قال الشافعي ولو طلق امراته ثم قال اعلمتني ان عدتها قد انقضت ثم راجعها
لم يكن هذا اقرارا منه بان عدتها قد انقضت لانها قد تكذبه فيما اعلمته وتصح
الرجعة ان عادت فاكذبت نفسها وهكذا لو اقر بطلاقها واحدة وراجعها وادعت
انه طلقها ثلاثا لا رجعة فيها ثم صدقته واكذبت نفسها احل لهما الاجتماع معه **مسئلة**
قال الشافعي ولو ارتدت بعد طلاقه فراجعها مرتدة لم تكن رجعة لانها
تحليل في حال التحريم قال المزني اشبه بقوله ان تكون رجعته موقوفة الى آخر
الفصل وصورتها في المطلقة الرجعية اذا ارتدت تعتد للاسلام في عدتها
فالزوج ممنوع من رجعتها في العدة كما كان ممنوعا من نكاحها فان راجعها
وهي في الردة كانت رجعته باطلة سواء رجعت الى الاسلام قبل مضي العدة
ام لا وقال المزني رجعته في الردة موقوفة على اسلامها قبل انقضاء العدة
فان اسلمت قبل انقضاء عدتها صحت الرجعة وان لم تسلم حتى انقضت العدة
بطلت الرجعة استدلالا بان طلاق المرتدة لما كان موقوفا صح ان يكون
رجعتها موقوفة ولما صح ان يكون نكاحها موقوفا على انقضاء العدة فاولى ان
تكون رجعتها موقوفة ولان اسوا احوال المرتدة ان تكون محرمة وتحريمها
لا يمنع من صحة الرجعة كالمحرمة وهذا خطا لقول الله تعالى ولا تمسكوا بعصم
الكوافر وفي الرجعة تمسك بعصمتها فوجب ان تكون الردة مانعة منها
ولان الرجعة عقد يستباح به بضع محرم فلم يصح في الردة ولان يكون بعد توقف
منها كالنكاح ولان الردة منافية للرجعة لان الردة تستحق الفرقة
والرجعة رافعة للفرقة واذا تنافيا لم يصح ان يجتمعا واذا لم يصح اجتماعهما

وقد ثبت أن الردة تبطل الرجعة فأما الطلاق فهو غير مناف للردة لأنهما
معاً يقتضيان الفرقة وعلى أن الطلاق يجوز أن يكون موقوفاً على شرط ولا يصح
إيقاع الرجعة ولا تعليقها بشرط فافترق حكمهما بالردة وأما النكاح فيصح موقوف
وعقده غير موقوف والرجعة ملحقة بالعقد دون الفسخ وأما الرجعة في الإحرام
فمفارقة للرجعة في الردة لأن المزني تعقب الرجعة في الردة وكالتعيها في
الإحرام فبهذا الفرق جوزنا الرجعة في الإحرام وأبطلناها في الردة فصل
وإذا تزوجت المطلقة في عدتها وقبل مراجعة الزوج لها ودخل بها الثاني فراجعها
الأول بعد دخول الثاني وقبل انقضاء العدة صحت الرجعة وكانت محرمة
على الأول بعد رجعته حتى تقضي عدتها من إصابة الثاني بالظن فلم يكن عدتها
من إصابته مانعة من صحة رجعته لأن الرجعة توجب استباحة النكاح كالموطوءة
بشبهة فصل وإذا راجعها الزوج وهو مجنون أو مغمى عليه بطلت
رجعته لبطلان عقوده فإن كان يجن في زمان ويفيق في زمان صحت رجعته
في إفاقته وبطلت في جنونه ولو اختلفا فقال راجعتك في حال الإفاقة
وقالت راجعتني في حال الجنون ففيه قولان كالطلاق إذا اختلفا في وقوعه
في الجنون والصحة أحدهما أن القول قول الزوج مع يمينه وتصح رجعته والقول
الثاني أن القول قولها مع يمينها ورجعة الزوج باطلة ولو راجعها
وهو سكران صحت رجعته إذا قيل بوقوع طلاقه على الصحيح من المذهب
ولم تصح رجعته إذا قيل بتخريج المزني أن طلاقه لا يقع ومن أصحابنا من قال
لا تصح رجعته وإن وقع طلاقه لأن وقوع طلاقه تغليظ ورجعته تخفيف
والسكران يغلظ عليه ولا يخفف عنه وهذا فاسد لأنها تجري على سكره
فلم يقع الفرق بين ما غلظ وخفف ولو راجعها وهي مجنونة أو سكرانة صحت
رجعتها لأن إنكاحها في جنونها وسكرها يصح فكانت رجعتها أصح فصل
وإذا أسند الزوج في طلاق امرأته لم يلزمه رجعتها من الطلاق وبانت كلها

سقط حكمه في التحريم سقط حكمه في الرجعة وأوجب عليه
سفيان الثوري الرجعة وهو فاسد لما ذكرنا وأمره شريك بن عبد الله بالطلاق
والرجعة وهذا القول فاسد وقد حكى ابن الوليد عن أبي يوسف قال جاء
رجل إلى أبي حنيفة فقال لا أدري أطلقت امرأتي أم لا فقال له أبو حنيفة
هي امرأتك حتى تستيقن أنك طلقتها فذهب إلى سفيان الثوري فسأله فقال
راجعها فإن لم تكن طلقتها لا تضرك الرجعة فذهب إلى شريك بن عبد الله
فسأله فقال له طلقها ثم راجعها قال فجاء رجل إلى زفر بن الهذيل فأخبره
بما قالوا فقال زفر أما أبو حنيفة فأفتاك بالفقه وأما سفيان فأفتاك
بالورع والاحتياط وأما شريك فسأضرب لك مثلاً مثله مثل رجل
مر بمثعب فسال عليه منه فأما أبو حنيفة فقال ليس عليك شيء حتى
تستيقن أنه نجس وأما سفيان فإنه أمره بغسله فإن كان طاهراً لم يضره الغسل
وإن كان نجساً فقد غسله وأما شريك فقال بُل عليه ثم اغسله

باب المطلقة ثلاثاً

قال الشافعي قال الله تعالى في المطلقة الطلقة الثالثة فلا تحل
له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره وسألت المرأة التي طلقها رفاعة ثلاثاً الرجوع
بعده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت إنما معه مثل هدبة الثوب
فقال أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك
وهذا صحيح كل زوج وقع طلاقه على كل زوجة صغيرة أو كبيرة
عاقلة أو مجنونة إذا استكمل طلاقها الثلاث مجتمعة أو متفرقة قبل الدخول
وبعده فقد حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ويدخل بها الثاني فتحل بعده
للأول بعقد ثان بعد إصابة الثاني وهو قول الجماعة وقال سعيد بن المسيب
تحل للزوج الأول بعقد الثاني وإن لم يصبها

يجعل الشرط في احلالها للاول عقد الثاني دون اصابته اسنده الا بعموم قول
الله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره واسم النكاح
يتناول العقد دون اصابته اسنده الا بقول الله تعالى فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره واسم النكاح يتناول العقد دون الوطي ولانه لما ثبت بمجرد العقد
تحريم المصاهرة ثبت به حكم الاباحة ودليلنا حديث الاعمش عن عروه عن عايشة
ان رفاعة القرظي طلق زوجته فنكحت بعده عبد الرحمن ابن الزبير فاتت
رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت زوجها وقالت انما معه كهدبة الثوب
فقال لعلك تريدين رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك
وهذا نص وروى هشام ابن عروه عن ابيه عن عايشة ان عمرو بن حزم طلق
الغميصا فنكحها رجل فطلقها قبل ان يمسها اوطلقها رجل ونكحها عمرو بن حزم وطلقها
قبل ان يمسها فاتت النبي صلى الله عليه فسالته هل ترجع الى زوجها الاول فقال
لها هل قربك فقالت يا رسول الله ما كان له الا كهدبة الثوب قال فلا
اذا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك وروى عبد الله ابن عمر ان
رجلا طلق امراته ثلاثا فتزوجت بعده زوجا فخلا بها واغلق الباب وارخى
الستر الا انه لم يطاها فقيل يا رسول الله هل تحل للاول ان طلقها الثاني فقال
لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها والعسيلة مختلف فيها فذهب
ابو عبيد القاسم ابن سلام الى انها لذة الجماع وذهب اخرون الى انها الانزال
وذهب الشافعي واكثر الفقها الى انها لذة الجماع لان اللذة زيادة والانزال
غاية وقد روى عبيد الله ابن ابي مليكة عن عايشة عن النبي صلى الله عليه
انه قال العسيلة هي الجماع ولانه اجماع الصحابة روي ذلك عن عمر وعلي
وعايشة وجابر وابن عمر وانس انها لا تحل للاول حتى يصيبها الثاني
وقال عمر وعلي حتى تذوق العسيلة ويهودها به وليس لهما في الصحابة

مخالف ولان الزوج الثاني شرط عقوبة للاول وزجرا عن الطلاق الثلث
لتدعوه الحمية والانفة من نكاح زوجته ان ابطلقها ثلثا لانهم كانوا يطلقون
ويراجعون فلو حلت له بمجرد العقد من غير اصابة لما دخله من الحمية
والانفة ما يمنعه من الثلث كما يدخله اذا وطيت فلذلك صار الوطي مشروطا
فاما الاستدلال بان النكاح هو العقد دون الوطي فلاصحابنا جوابان احدهما ان العقد
حقيقة في النكاح مجاز في الوطي وقد يجوز ان يحمل على مجازه بدليل والسنة
اقوى دليل قال الشافعي فسرت السنة الكتاب واولى ما فسر به القران نص
السنة والثاني ان الكتاب اوجب شرطا هو العقد والسنة اوجبت شرطا
ثانيا وهو الاصابة فاقتضى وجوب احدهما بالكتاب ووجوب الاخر
بالسنة واما تحريم المصاهرة فلا يجوز ان يعتبر به حكم الاباحة لان التحريم
اوسع لحصوله بالوطي من غير عقد كالوطي بشبهة وكذلك بالعقد من غير وطي
والاباحة لما لم تثبت بالوطي من غير عقد ولا بالفاسد من العقود لم تثبت بمجرد
العقد من غير وطي فصل فاذا تقرر ما وصفنا فلا تحل للاول بعد
الطلاق الثلث الا بخمسة شروط احدها ان تقضي عدتها منه والثاني ان
تنكح غيره والثالث ان يطاها الثاني والرابع ان يطلقها اما ثلثا او دونها
والخامس ان تقضي منه عدتها فتحل حينئذ للاول ان ينكحها عقدا ان المقصود
بالاباحة في هذه الشروط الخمسة شرطان العقد والاصابة مسالة
قال الشافعي فاذا اصابها بنكاح صحيح من الثاني فهذا اصل شرطين
اما العقد فهو ان يكون صحيحا غير فاسد لان الاحكام اذا اختصت بالعقود
تعلقت بالصحيح منها دون الفاسد الا تراه لو حلف لا يعقد نكاحا ولا بيعا
فعقدهما عقدا فاسدا لم يحنث واما الوطي فيكون في القبل بغيب الحشفة فيه
فاما الوطي في الدبر وفيما دون الفرج فلا يتعلق به الاباحة لانه لا يكون معه ذوق

العسيله وان كمل به المهر ووجب به العده ويكون الوطي في الدبر يخالف الحكم
الوطي في القبل في اربعه مواضع للاحلال والاحصان والايلا والعنه
وسوا فيما سوى هذه الاربعه واذا لم يحلها الا الوطي في القبل فلا
يكون بدون تغيب الحشفه لان فساد الصوم ووجوب الكفاره فيه وكمال المهر
ووجوب الحد والغسل انما يتعلق بتغيب الحشفه ويلتقي بها الختانان ولا يتعلق
بما دونها فكذلك حكم الاباحه وسوا حصل مع تغيب الحشفه انزال او لم يحصل لانها
قد ذاقت العسيله بتغيبها وان لم تنزل وكما يتعلق بها سائر الاحكام مع عدم
الانزال **فصل** واذا كانت بكرا فالاصابه التي تحل بها للزوج الاول
ان يفتضها وليس الافتضاض شرطا في الاباحه وانما هو شرط في الختانين
والتقا الختانين شرط في الاباحه لان مدخل الذكر في مخرج الحيض وهو
من البكر يضيق عن مدخل الذكر فاذا دخل انشق به الثقب وانخرقت به الجلده
التي التقت به البكاره التي هي ضيق الثقب فكان هذا هو الافتضاض ولو ان
الثاني افضاها بوطيه احلها والافضا هو خرق الحاجز الذي بين مخرج
الحيض وهو مدخل الذكر وبين مخرج البول وهذا احلها لانه ازيد
من الافتضاض والتقا الختانين فكان اولى بالاباحه **مسئله**
قال الشافعي رحمه الله وسوا قوي الجماع وضعيفه ادخله بيده او بيدها وهذا
صحيح لا فرق في وطي الثاني بين ان يكون قوي الجماع او ضعيفه لانه
قد ذوق به العسيله وان كان ضعيفا فاما قوله ادخله بيده او بيدها فان
كان بعد انتشاره سوا ادخله بيده او استدخلته المراه بيدها في حصول
الاباحه به فاما ان لم ينتشر عليه فادخله غير منتشر بيده او بيدها
قال ابو حامد الاسفرايني لا تحصل به الاباحه ولا يتعلق به احكام الوطي ولا
يجب به الغسل لان عرف الوطي لم يشا وله فلم يتعلق عليه حكم ولان

العسيله اما ان تكون بالشهوه والشهوه اما تكون مع الانتشار وهذا
الذي قاله ابن ابي هريره يحل بتغيب الحشفه في الفرج وان كان الذكر غير
منتشر يتعلق به احكام الوطي بالذكر المنتشر لان لين الذكر كضعف قوته وانتشاره
قوته او ضعف الجماع وقوته سوا وكذلك لين الذكر وانتشاره سوا اذا امكن دخول
الحشفه مع لينه ولان وجود اللذه في ذوق العسيله غير معتبر الا
تراه لو وطيها وهي نايمه احلها وان لم تذق عسيلته ولو استدخلت
ذكره وهو نايم حلت وان لم يذق عسيلتها وكذلك اذا كان غير منتشر
مسئله قال الشافعي وان كان ذلك من صبي مراهق او مجبوب بقي له
ما يغيبه تغيب غير الخصي وسوا كل زوج وزوجه اما اذا كان الزوج الثاني
صبيا غير بالغ وقد عقد عليها نكاحا صحيحا فله حالتان احدهما ان يكون مراهقا
قد انتشر ذكره ويطا مثله فوطيه تحلها للاول كالبالغ والحال الثانيه ان
يكون طفلا لا يطا مثله ولا ينتشر ذكره فالوطي مستحيل من مثله وانما يكون
استدخال ذكره عبثا فلا يتعلق به احلال بخلاف البالغ اذا اولج من غير انتشار
لانهما يختلفان في انطلاق اسم الوطي ويختلفان في حكمه واما الخصي فهو المسلول
الانثيين السليم الذكر فوطيه تحلها كالفحل بل وطيه اقوى لتقدم
انزاله ونشوره واما المجبوب وهو المقطوع الذكر فان لم يبق منه شي يمكن
الاباحه استحال الوطي منه فلم يحلها وان بقي منه ما يمكن الاباحه فان كان
مقدار دون الحشفه لم يحلها لان السليم الذكر لو اولج دون الحشفه لم يحل وان
كان الباقي منه مثل مقدار الحشفه فما زاد احلها وهو يعتبر في احلاله
تغيب قدر الحشفه منه فاذا غيب من باقي ذكره قدر الحشفه احل والوجه
الثاني لا يحلها الا تغيب جميع الباقي لان ذهاب ما ذهب منه يوجب
اسقاط حكمها فاستعمل بعد ذلك في تغيب الباقي تمامه **فصل** فان

الشافعي وسواء كان زوجها زوج وجه يعني انه لا فرق بين ان يكون الزوج حرا او
عبدا مسلما او كافرا مع الزوجة الكافرة عاقلا او مجنونا وكذلك الزوجة
لا فرق بين ان تكون حرة او امة مسلمة او كافرة عاقلة او مجنونة لانها اصابة
من زوج في نكاح صحيح **مسألة** قال الشافعي ولو اصابها اصابة
محرمة اما وقد احلها ام الوطي المحرم على ضربين احدهما ان يكون في صحة
العقد والثاني ان يكون لفساد العقد فاما الضرب والعقد صحيح وكالوطي
في حيض وصوم او احرام لم يحلها وان حرم وبه قال ابو حنيفة وقال مالك لا
تحلها حتى يكون حلالا وان كان حراما الحد كالزنا وكالوطي مع فساد العقد وهذا
فاسد لقول النبي صلى الله عليه لا حتى يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته فجعل
الاباحة شرط في العقد وذوق العسيلة وقد وجدا فوجب ان توجد الاباحة
ولانه وطي في نكاح صحيح فوجب ان يتعلق به التحليل كالمباح فاما الزنا
فلا يحل لان الله تعالى شرط فيه نكاح زوج واما الوطي في النكاح الفاسد
فالمنصوص عليه في الجديد والمشهور من مذهبه في القديم انه لا يحلها
كالوطي في نكاح المتعة والشغار ونكاح بغير ولي لانه يستند الى صحة
عقد وان سقط فيه الحد فاشبه الوطي بالشبهة اذا خلا عن عقد وقد خرج
قول اخر في القديم من نكاح المحلل انه يحلها للزوج لانه قد تعلق به احكام
النكاح الصحيح في وجوب المهر والعدة ولحوق النسب وهذا التعليل
يفسد بوطي الشبهة • **فصل** واما نكاح المحلل فهو ان يخاف المطلقة
ثلثا اذا نكحت زوجا يتحلل به للزوج الاول ان يطلقها ويمسك بها فيشترط
عليه انه انما ينكحها ليحلها للزوج الاول حتى تعود اليه فهو محظور روى سفيان
عن عبد الله ابن شريك العامري قال سمعت ابن عمر يقول لعن رسول الله
صلى الله عليه المحلل والمحلل له وقد لقيهما وان كان الى عشرين سنة وان كان الى
عشرين سنة [illegible] سنة وروى الليث عن الليث عن مشرح

عن عقبة ابن عامر قال قال رسول الله صلى الله عليه الا اخبركم بالتيس المستعار
قالوا بلى قال هو المحلل قال لعن الله المحلل والمحلل له واذا تقرر حظر
هذا الشرط فهو على ضربين احدهما ان يتقدم العقد فلا تاثير له في فساد العقد
لان ما تقدم العقد من الشروط لا يلزم وصار وجود الشرط المتقدم كعدمه غير
انا نكرهه وهكذا لو اضمر الزوجان ولم يشترطاه كرهناه لما قدمناه
في النكاح والبيوع وان كل شرط لو نطق به في العقد افسده فلو اضمر
وانه لم يفسده والضرب الثاني ان يصرحا باشتراطه في العقد فهو على
ثلثة اقسام احدها ان يشترط عليه في عقد النكاح انه ينكحها على ان يحلها للزوج
الاول فهذا الشرط مكروه والعقد معه صحيح لانه لم يشترط عليه الفرقة
وهل يحكم بحلها ان يحللها للزوج الاول وان كان شرط ظلم ويرتفع
الشرط فان قام الزوج الثاني معها لم يجبر ان يوجد بطلاقها فان طلقها
بحال احلها والقسم الثاني ان يشترط عليه في العقد انه ينكحها
على ان يحلها للزوج الاول فاذا احلها فلا نكاح بينهما فهذا نكاح باطل
لانه نكاح الى مدة مجهولة كنكاح المتعة الى مدة معلومة وهل يحلها للزوج
الاول اذا اصابها ام لا على قولين احدهما وهو قوله في الجديد انه لا يحلها
لان فساد العقد قد سلبه حكمه وجرى عليه حكم الشبهة والقول الثاني
وهو قوله في القديم انه يحلها للزوج الاول واختلف اصحابنا في تعليل
احلالها فذهب ابو علي ابن ابي هريرة وجمهور البغداديين الى ان العلة فيه
انها موطوءة باسم النكاح فعلى هذا لو حكم الوطي في كل نكاح فاسد يحلها في نكاح
المحلل وذهب البصريون من اصحابنا الى ان العلة فيه انها موطوءة
باسم النكاح فعلى هذا لو حكم الوطي في كل نكاح فاسد تحكمه في نكاح
المحلل وذهب البصريون من اصحابنا ان العلة فيه اطلاق النبي صلى الله عليه اسم

اسم الاحلال عليه في نهيه عنه فعلى هذا يكون حكم الوطي في غيره من المناكح
الفاسدة غير محلل للحلال لاختصاصه بهذا الاسم دون غيره والقسم الثالث
ان تتزوج بها على انه اذا احلها للزوج الاول بوطيه طلقها ففي فساد هذا العقد قولان
احدهما انه فاسد لانه غير مؤبد فاشبه قوله عليه السلام اذا احللتك فلا نكاح بيننا
فعلى هذا لا يحلها للاول على القولين المنصوص عليه في الجديد انه لا يحلها وعلى القديم
يحلها وفي العدة وجهان والقول الثاني انه نكاح صحيح فيه شرط فاسد فبطل
الشرط وثبت العقد فعلى هذا يكون الحنث بعد اصابتها ان يطلقها او يقيم معها
والبين للشرط ما ثبت في احتياره على طلاقها وان طلقها حتى احلها قولا واحدا
بصحة نكاحه **فصل** والمخرج لمن اراد الاستحلال وان يتحرز من فساد العقد
ومن امتناع الثاني من الطلاق ومن احلالها بالوطي ان تزوج بعبد مراهق بالغ
فاذا اصابها وهبها اياه فيبطل النكاح بالهبة لانها ملكت زوجها وقد حلت باصابته
للزوج الاول والمستحب الاجتناب لعدم البلوغ **مسئلة** قال الشافعي ولو
اصاب الذمية زوج ذمي بنكاح صحيح احلها للمسلم لانه زوج وهذا صحيح اذا طلق
المسلم زوجته الذمية ثلاثا فنكحت زوجا ذميا واصابها حلت باصابته للمسلم وقال
مالك لا يحلها لبطلان اصله في فساد مناكحهم وقد مضت هذه المسئلة في كتاب النكاح
وذكرنا الصحيح من مناكحهم وجواز الاقامة عليها بعد اسلامهم وقد اقر رسول
الله صلى الله عليه وسلم ابا العاص ابن الربيع بعد اسلامه على نكاح ابنته
بسبب العقد الاول ثم من الدليل على هذه المسئلة مع عموم قوله حتى تنكح زوجا
غيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين زنيا والرجم لا يجب الا بالاحصان
والاحصان لا يكون الا بالاصابة في نكاح صحيح ولانه نكاح من علم اهله بحكمي
عليه حكم الصحة في نكاح المسلمين **مسئلة** قال الشافعي ولو ارتدا بعد الاصابة
بعد الردة من احدهما ثم رجع المرتد منهما لم تحلها الاصابة لانها محرمة

في تلك الحال قال المزني لا معنى لرجوع المرتد منهما عنده في النكاح بينهما الا
في التي قد احلتها الاصابة لانها للزوج قبله القصد وصورتها في المطلقة ثلاثا
اذا نكحت فاصابها الزوج في حال ردته او ردتها لم يحلها الوطي في الردة للزوج
الاول لانها بالردة جارية في فرقة فصار الوطي فيه مع تحريمه مصادفا العقد
مثلما بعض الحنح من ان عتد حكم الوطي في العقد الصحيح ومن هذا الوجه خالف
وطي الصائمة والمحرمة والحائض لانه وان كان محرما فقد صادف عقدا كاملا
لم يتثلم منه شي ولذلك وقع الاتفاق على الاحلال فاما المزني فانه اعترض على الشافعي في نص
هذه المسئلة وذكر انها مستحيلة لان الردة ان طرت على النكاح قبل الدخول بطل
العقد وكان الوطي بعده وطيا في غير عقد لان غير المدخول بها لا عدة
عليها بالفرقة ولو طري ما يوجب الفرقة بانت وان كانت الردة بعد الدخول
بها فتلك الاصابة التي كانت قبل الردة قد احلتها للزوج الاول فلم يعتبر اصابتها
في الردة وظاهر هذا الاعتراض صحيح غير ان اصحابنا خرجوا لصحة المسئلة في الجواب
عن هذا الاعتراض وجوها احدها انه صورها على قوله في القديم ان
الخلوة توجب العدة كما للمهر وان لم يصبها الاحلال الاول فاذا ارتدت كان
نكاحها موقوفا على انقضاء عدتها فاذا اصابها في حال الردة لم يحلها فاما على مذهبه
في الجديد فان الخلوة لا توجب العدة فلا تصور والثاني انه صورها على قوله
الجديد والقديم معا في الموطوءة في الدبر تجب العدة عليها وكمل المهر لها ولا يحلها
للزوج الاول فاذا ارتدت بعده كان نكاحها موقوفا على انقضاء العدة فان اصابها
في الردة لم يحلها والثالث انها مصورة في موطوءة دون الفرج اذا استدخلت
ماء الرجل وجبت العدة عليها وان لم يحلها فاذا ارتدت كان نكاحها موقوفا
على انقضاء العدة لوجوب العدة عليها لو وطيها في الردة لم يحلها وهذا اما قاله
الشافعي على مذهبه في الجديد والصحيح من مذهبه في القديم ان الوطي في النكاح

الفاسد لا يحلها واما ان قيل يخرج قوله الثاني في القديم ان الوطي في النكاح الفاسد
يحلها والوطي في الردة اولى ان يحلها لانه اذا احلها ما صادف عقدا فاسدا فلان
يحلها ما صادف عقدا موقوفا اولى والله اعلم **مسألة** قال الشافعي
ولو ذكرت انها نكحت نكاحا صحيحا واصيبت ولا نعلم حلت له فان وقع في قلبه انها
كاذبة فالورع ان لا يفعل وصورتها في المطلقة ثلثا اذا ادعت انها نكحت بعد
انقضاء عدتها زوجا دخل بها وانه طلقها وانقضت منه عدتها لتستحل زوجها الاول
فهذا على ضربين احدهما ان يقصر الزمان عن انقضاء عدتين وعقد واصابة فقولها
مردود للاحاطة بكذبها والضرب الثاني ان يكون الزمان متسعا لذلك فلا تخلو
حال الزوج الاول معها من ثلثة اقسام احدها ان يتيقن كذبها فيحرم عليه ان يتزوجها
والثاني ان يغلب على ظنه صدقها فيحل له ان يتزوجها والثالث ان لا يتيقن صدقها ولا كذبها
فان وقع في نفسه صدقها حل له ان يتزوجها حكما وورعا وان وقع في نفسه
كذبها كره له ورعا ان يتزوجها وجاز له في الحكم ان يتزوجها لانها مؤتمنة
على نفسها لا سيما فيما لا يمكنها اقامة البينة عليه من الاصابة وانقضاء العدة
فجاز في الشرع الرجوع الى قولها والعمل عليه مع جواز كذبها كالمحدث
اذا غاب وعاد فذكر انه توضى جاز الايتمام به مع جواز كذبه لان اقامة
البينة عليه متعذرة ولانها لما صار قبول قولها في الاصابة وهو احد شرطي
الاباحة جاز قبول قولها في الشرط الثاني وهو العقد ولانه لو غاب مع
زوجته ثم عاد فذكر موت زوجته حل لاختها ان تتزوج به فيكون قوله
في الموت مقبولا ولكن لو غابت زوجته مع اختها ثم قدمت الاخت فذكرت
موت زوجته لم يحل له العقد على اختها الا بعد ان يتيقن زوال ملكه
وليس كذلك الاخت لانها لا يملك لها العقد ان يرجع الى قول الزوج في موت اختها
فصل ولو قالت المطلقة ثلثا نكحت زوجا اصابني ثم طلقني بعد الاصابة
الاصابة وقال الزوج طلقتها قبل الاصابة لم تقبل دعوى الاصابة

في حق الاول لانها بدعوى الاصابة تدخل على الثاني ضررا في تكميل المهر فلم
تقبل قولها فيه وغير مدخلة على الاول ضررا فقبل قولها فيه فلو قال زيد
لم اتزوجها وقالت قد تزوجني واصابني وطلقني قبل قولها في احلالها
للاول وان اكذبها الثاني فيما ذكرنا لانها مؤتمنة على نفسها وان لم تقبل على الثاني
فلو اقر زيد بتزويجها واصابتها وادعت عليه طلاقها فانكرها حرمت على
الاول ان يراجعها لانكار الثاني طلاقها ووجب بقاؤها على نكاحه فلم
يجز لغيره ان ينكحها الا ان يصدق عليه في طلاقها **فصل** واذا طلق
الحر زوجته الامة ثلثا فوطئها السيد بملك اليمين لم تحل به للزوج لان الله تعالى
انما احلها بالاصابة من زوج ولو اشتراها الزوج قبل ان تستحل بزوج فهل
تحل له قبل اصابة زوج ام لا على وجهين احدهما تحل لان اصابة الزوج شرط
في عقد النكاح لا في ملك اليمين والوجه الثاني انها لا تحل له الا بعد اصابة
زوج لانها محرمة العين عليه الا بوجود هذا الشرط **فصل** واذا
تزوجها ثان فوجدها على فراشه فظنها اجنبية فوطئها قاصدا لوطئها
بوطئها الزنا حلت بهذا الوطي للزوج الاول لانه وطي صادف نكاحا صحيحا
وان قصد به ان يكون سفاحا ولو اوى الى فراشه فوجد فيه امراة فظنها
زوجته فوطئها ثم بان انها هذه المطلقة ثلثا لم تحل بهذا الوطي للزوج
الاول لانه وطي بغير عقد وان اعتقد الواطي انه في عقد والله اعلم
بالصواب

باب الايلاء

قال الشافعي
قال الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان فاءوا فان الله
غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم اما الايلاء في كلامهم فهو الحلف
يقال الى يولي ايلاء فهو مول اذا حلف فالايلاء المصدر والالية الاسم قال
جرير والخير في مال عليه الية وافي بما عقدت بالمسانح وجمع الالية الايا
قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه وان بدرت منه الالية برت وان استعفت الانعال
من الية قلت ابتلا بالكل ابتلا قال الله تعالى ولا ياتل اولوا الفضل منكم
والسعة ان يوتوا اولي القربى فالايلا في اللغة هو كل يمين حلف بها حالف على
زوجه او غير زوجه في طاعة او معصية فاما الايلا في الشرع فهو الحالف
على زوجته ان لا يطاها مدة تصير بها موليا على ما سنذكره • فصل قال
الشافعي في كتاب الام كانت العرب في الجاهلية تحلف باشيا الظهار والطلاق
والايلا فنقل الله تعالى الايلا والظهار عما كانا عليه في الجاهلية من ايقاع
الفرقة على الزوجة الى ما استقر عليه حكمها في الشرع وبقي حكم الطلاق على ما
كان عليه في الاصل فاما حكم الايلا فقوله تعالى للذين يولون من نسائهم وفي الكلام
حذف وتقديره للذين يولون ان يعتزلوا من نسائهم فترك ان يعتزلوا اكتفا
بما دل عليه ظاهره وفيه قولان احدهما انه لا يكون موليا الا بالله تعالى والثاني
انه يكون موليا بكل يمين التزم بالحنث فيها ما لم يكن لازما له سوا كان حالفا بالله
تعالى او بالعتق والطلاق وبما يصير بالحلف عليه موليا قولان احدهما
الرغا زوجته ان لا يطاها فيكون بيمينه على الامتناع من وطيها هو الايلا
وهذا قول الشافعي والجمهور ولا يكون موليا اذا حلف على غير الوطي والثاني
ان الايلا هو الحلف على مساءة زوجته سوا كان على الوطي او على غيره اذا قصد
الاضرار بها وهو مذهب ابي قلابة والنخعي ثم قال تربص اربعة اشهر
يعني انتظار اربعة اشهر وفي هذه الاربعة اشهر يطاها المولي وفيها مذهبان
احدهما انه اجل مقدر لوقوع الطلاق بعده وهذا قول ابي حنيفة
ومن وافقه والثاني انها اجل لاستحقاق المطالبة بعدها وهذا
قول الشافعي ومن وافقه ثم قال فان فاووا اي رجعوا والفية الرجوع قال الله
تعالى حتى تفي الى امر الله اي ترجع ومنه قول الشاعر
ففات ولم تقض الذي قد اتت له ومن حاجة الانسان ما ليس قاضياه

ومما اريد بالفية ها هنا قولان احدهما الجماع وهو قول الجمهور والثاني هو
الرجعة باللسان تحللا من اثم يمينها ودفع الضرر عنها وهذا قول ابن
عمر ان الايلا هو اليمين على ترك وطيها وفيه لا حنث فان الله غفور رحيم فيه
تاويلان احدهما غفور لحانثه مع وجوب الكفارة عليه وهذا قول الجمهور
والثاني غفور في حنثه الكفارة واسقاطها وهذا قول الحسن وابراهيم
ومن زعم ان الكفارة لا تلزم فيما كان الحنث فيه برا وان عزموا الطلاق وفي عزيمته
تاويلان احدهما ان عزيمته الطلاق ان يمتنع حتى تمضي اربعة اشهر فتطلق
بمضيها واختلف من قال بهذا في الطلاق الذي يلحقها على قولين احدهما طلقة باين
وهو قول عبد الله ابن مسعود وزيد بن ثابت وابن عباس وابي حنيفة
والثاني تطلقه رجعية وهو قول سعيد بن المسيب وابو بكر بن عبد
الرحمن وابن شبرمة والتاويل الثاني ان عزيمة الطلاق ان يطالب بالفية
او بالطلاق بعد اربعة اشهر فلا يفي ويطلق وهذا قول عمر ابن الخطاب وابي
الدردا وعايشة واكثر الصحابة والتابعين وبه قال الشافعي واكثر الفقها
فان الله سميع عليم فيه تاويلان احدهما سميع لايلايه عليم بنيته والثاني سميع
لطلاقه عليم بصبره • فصل اختلف الناس في الايلا هل عمل به في صدر
الاسلام قبل نسخه فقال بعضهم عمل به قبل النسخ ثم نسخ الى ما استقر عليه
حكمه وقال الجمهور بل لم يعمل به قبل نسخه وانما روى ابو هريرة وجابر ان
النبي صلى الله عليه وسلم الى من نسايه شهرا فنزل اليمين لتسعة وعشرين
وروى ابن عباس عن عمر ابن الخطاب انه قال يا رسول الله اطلقت نساك قال
لا ولكن آليت شهرا وسبب ذلك ما رواه عمرة ان هدية بعثت الى النبي صلى
الله عليه وسلم وهو عند عايشة فقال لها ابعثي الى نسايه نصيبهن فبعثت
وبعثت الى زينب بنت جحش نصيبها فردته فقال زيديها فزادتها فردته
فقال زيديها فزادتها فردته فقالت عايشة لقد اقمأتك هذه

نفعت وقال الشر اهون علي الله من ان تمسيني والاسقف شهرا وصعد الى
شرته فنحلا فلما مضت تسع وعشرين ليله نزل اليهن **مسله** قال
الشافعي بعد ذلك ولا له علي ان لا يستبد علي المولى لامراته حتى يمضي اربعه اشهر
كالو بايع بيعا وضمن شيا الى اربعه اشهر لم يكن عليه سبيل حتى تمضي اصل
هذا الخلاف الفقها في المده التي يصير بها موليا يوجد فيها حكم الايلا على
ثلثه مذاهب احدها انه يكون موليا اذا حلف على الامتناع من وطيها
في اي زمان كان قل او كثر وهذا مذهب الحسن البصري وابن ابي ليلى لانها
ممتنعه من الوطي فاشبه الزمان الممتد والثاني انه لا يكون موليا
حتى يحلف على الامتناع من وطيها على الابد وان قدر ذلك بزمان وان طال لم يكن
موليا وهذا مذهب ابن عباس لانه اذا قدره بزمان قدر على الخلاص بمضي
الزمان من غير ضرر فلم يكن موليا كما لو حلف على الامتناع من وطيها في نهار دون زمان
والثالث ان مده الايلا تتقدر بزمان لا يكون موليا في اقل منه ويكون
موليا في اكثر منه وذلك اربعه اشهر مده التربص التي ضربها الله تعالى
للمولي اجلا وهذا مذهب الشافعي ومالك وابي حنيفه لانها اكثر المده
التي تصبر النسا فيها عن الرجال حكي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يطوف
ذات ليله بالمدينه يتعرف احوال ذوي الحاجات فمر بدار فسمع منها صوت
امراه تقول ؞

الا طال هذا الليل وازور جانبه وليس الي جنبي خليل الاعبه
فوالله لولا الله لا شي غيره لزعزع من هذا السرير جوانبه
مخافه ربي والحيا يكفني واكرم بعلي ان تنال مراكبه

فسال عنها فقيل ان زوجها غايب في الجهاد فلما اصبح دعا
نسا عجايز وسالهن كم تصبر المراه عن الرجل فقلن شهرين وفي الثالث
يقل الصبر وفي الرابع ينفد الصبر فضرب الاجل للمجاهد اربعه

اشهر وكتب الي امرا الاجناد ان لا يحبسوا رجلا عن امراته اكثر من اربعه
اشهر وكتب الي زوج المراه فاستدعاه وقال الحق سرير قبل ان يحرك جوانبه
فصل فاذا ثبت ان مده التربص في الايلا ما اجله الله فيه فان حلف على
اقل من اربعه اشهر لم يصر موليا عند الشافعي ومالك وابو حنيفه وان حلف
على اكثر من اربعه اشهر كان موليا عندهم وان حلف على اربعه اشهر سوا كان
موليا عند ابي حنيفه لانه جعل المده اجلا لوقوع الطلاق بها وان لم يكن
موليا عند الشافعي ومالك لانهما جعلا المده اجلا لاستحقاق المطالبه مستحق
بعدها وعلى هذا الخلاف ينبني استحقاق المطالبه فعند ابي حنيفه
عليه المطالبه بحكم الايلا من الفيه قبل مضي الاربعه اشهر فاذا مضت قبل ان
يفي طلقت وعند الشافعي ومالك انه لا يستحق المطالبه الا بعد مضي اربعه
اشهر فاذا مضت فقيل ان يستحق مطالبته بالفيه او الطلاق فصار
الخلاف مع ابي حنيفه في فصلين احدهما ان استحقاق المطالبه عند ابي حنيفه
يستحق قبل انقضا المده وعند الشافعي انه يستحق بعدها والثاني
الطلاق عند ابي حنيفه انه يقع بمضي المده طلقه وعند الشافعي انه
لا يقع الطلاق بانقضا المده حتى يطالب بعدها بالفيه او الطلاق وان
لم يف اخذ بايقاع الطلاق وبه قال من الصحابه عمر وعثمان وعلي وزيد وعايشه
وابو الدردا ومن التابعين عطا ومجاهد وطاوس وسليمان ابن يسار
ومن الفقها مالك والاوزاعي واحمد واسحق وابو ثور وروى الشافعي عن سفيان
عن يحيى ابن سعيد عن سليمان ابن يسار قال ادركت بضعه عشر رجلا من الصحابه
كلهم يوقف المولى يعني بعد اربعه اشهر وروى سهيل ابن ابي صالح
عن ابيه قال سالت اثني عشر رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه
عن المولى فقالوا ليس عليه شي حتى يمضي اربعه اشهر ؞ **فصل** واما ابو حنيفه

فاستدل على استحقاق المطالبة بالفيئة في المدة ووقوع الطلاق بانقضائها بقوله
تعالى للذين يولون من نسائهم تربص اربعة اشهر الاية الى قوله فان الله سميع
عليم قال وفيها ثلثة ادلة احدها ان عبد الله ابن مسعود قرا فان فاوا فيهن فان
الله غفور رحيم فاضاف الفيئة الى المدة فدل على استحقاق الفيئة فيها وهذه
القراة وان لم تثبت عن ابن مسعود فانها تجري مجرى خبر الواحد في وجوب العمل به
والدليل الثاني منها ان الله تعالى جعل مدة الايلا اربعة اشهر فلو كانت
الفيئة بعدها لزادت على مدة النص وذلك لا يجوز والدليل الثالث منها انه
لو وطيها في مدة الايلا وقعت الفيئة موقعها فدل على استحقاق الفيئة فيها
قال ولانها مدة شرعية تثبت بالقول تتعلق بها الفرقة فوجب ان يتعلق
بها البينونة كالعدة ولانه قول يتعلق به الفرقة الى مدة فوجب بانقضائها
كما لو قال انت طالق بعد اربعة اشهر فانت طالق ودليلنا قول الله تعالى للذين يولون
من نسائهم تربص اربعة اشهر وفي هذه الاية ستة ادلة احدها انه اضاف
مدة الايلا الى الازواج بقوله للذين يولون فجعل المدة لهم ولم يجعلها عليهم فوجب ان
لا يستحق المطالبة الا بعد انقضائها كاجل الدين والدليل الثاني قوله فان فاوا
فان الله غفور رحيم فذكر الفيئة بعد المدة بفا التعقيب فوجب ان يستحق بعدها
كما قال الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان فاقتضت فا التعقيب
ان يكون الامساك بمعروف او التسريح باحسان بعد طلاق المرتين وان وقعا التعقيب
بعد المدة فوجب ان يكون بعد الايلا لا بعد المدة فيحمله على موجبها قيل قد تقدم
في الاية ذكر الايلا وذكر المدة ثم تعقبها ذكر الفيئة فاذا اوجبت الفا التعقيب
بعد ما تقدم ذكره لم يجز ان يعدل الى احد المذكورين ووجب ان يعود اليهما
او الى اقربهما على اي هذين الامرين كان فهو قولنا والدليل الثالث قوله
وان عزموا الطلاق فجعل له وقوعا بعدم الازواج لا لمضي المدة

وليس بانقضا المدة عزيمة واما العزم ما يحدثه من فعل كما قال تعالى ولا
تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله فان قيل فترك الفيئة عزم
على الطلاق قيل العزم ما كان عن اختيار وقصد وقد يتركها لنسيان او
لسهو ويقع الطلاق عندكم وان لم يكن من عزيمته والدليل الرابع ان الله تعالى
خيره في الاية بين امرين الفيئة والطلاق والتخيير بين امرين لا يكون الا في حالة
واحدة كالكفارات ولو كانت حال الفيئة قبل المدة لكان مرتبا ولم يكن مخيرا والدليل
الخامس ان التخيير بين امرين يوجب ان يكون فعلهما اليه ليصح منه اختيار
فعله وتركه ولو لم يكن له فعله لبطل حكم خياره والدليل السادس من دليل
ان الله تعالى قال وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فاقتضى
ان يكون الطلاق عن قول مسموع فان قيل معناه انه لم يزل سميعا عليما
كما قال وقاتلوا في سبيل الله واعلموا ان الله سميع عليم قيل لا يجوز
حمله على هذا لانه معقول بغير هذه الاية وكذا في اية الجهاد سميع
لقولهم في التحريض عليهم بشبهة في الجهاد ومن طريق المعنى انها مدة تقدرت
بالشرع لم يتقدمها الفرقة فوجب ان لا يقع بها البينونة كاجل العنة
وقولنا تقدرت بالشرع احترازا من قوله اذا مضت اربعة اشهر
فانت طالق وقولنا لم يتقدمها الفرقة احترازا من العدة ومن اصحابنا
من علل هذا الاصل باوضح من هذا التعليل فقال لانها مدة شرعت
في النكاح لمانع شرط فوجب ان لا يقع بها الفرقة كاجل العنة ولانها يمين
بالله تعالى توجب الكفارة فلم يقع بها الطلاق كسائر الايمان وكالايلا
على اقل من اربعة اشهر ولانه لفظ لا يصح ان يقع به الطلاق المعجل فوجب ان
لا يقع به الطلاق المؤجل كالظهار ولان الايلا قد كان طلاقا في الجاهلية فنسخ
كالظهار فلم يجز ان يقع به الطلاق لان استيفا حكم منسوخ ولان
الطلاق يقع بصريح او كناية وليس الايلا صريحا فيه ولا كناية فيه لو كان صريحا

لوقع معجلا ان اطلقه او الى الاجل المسمى ان قيده ولو كان كذلك لم يرجع له الى بينه
وليس الايلا كذلك ولا ينتقض هذا الاستدلال باللعان حيث وقعت الفرقة
وان لم يكن صريحا ولا كناية لان اللعان يوقع الفسخ ولا يوقع الطلاق والفسخ يقع بغير قول بغير قول
الطلاق والطلاق لا يقع الا بقول واما الجواب عن الاية بقراءة ابن مسعود فهو
انه لم ينقلها نقلا ان اصحابه تستفيض والشاذ متروك ولو ثبت وجرت مجرى خبر
الواحد حملت على جواز الفيئة في مدة التربص واما الجواب عن قولهم انه لم تردون
في مدة التربص فهو انها لا تزيد عليها وانما وانما تعتد ربها مطالبة الفيئة في
مدة التربص واما الجواب عن قولهم ان جواز الفيئة فيها دليل على استحقاقها
فيه فهو باطل بالدين المؤجل يجوز تعجيله قبل حلوله ولا يدل ذلك استحقاقه
فيه واما الجواب عن قياسهم على العدة مع انقضائه بمدة الفيئة فهو ان المدة فيها
لما تقدم منها العقد جاز ان يقع فيها البينونة واما لم يتقدم مدة الايلاء لم تقع فيها
الفرقة واما الجواب عن قياسهم اذا علق طلاقها بمضي اربعة اشهر مع انقضائه
بمدة الفيئة ان المعنى فيه انه لو علق باقل من اربعة اشهر وقع قبلها ولو علقه
باكثر من اربعة اشهر لم يقع قبلها وليس الايلا كذلك والله اعلم **مسالة**
قال الشافعي والمولي من حلف بيمين تلزمه بها كفارة ومن اوجب على نفسه شيئا
يجب عليه اذا اوجبه ان جامع امراته فهو في معنى المولي وقد ذكرنا ان
الايلا من حلف بها على الامساك عن وطيها فان كانت يمينه لا يجب عليه بالحنث
فيها شي كاليمين بالمخلوقات كالانبيا والملائكة والسما والعرش لم يكن موليا لانه
خارج عن حكم الايمان فخرج عن حكم الايلا وان وجب عليه الحنث فيها شي فعلى
ضربين احدهما ان يكون يمينه بالله تعالى او باسم من اسمائه او بصفة من صفات
ذاته يجب عليه بالحنث فيها كفارة فهو مول يتعلق بحكم الايلا والضرب الثاني
ان يكون بغير الله تعالى وهو ان يحلف بالعتق او الطلاق او الصدقة
او الصيام كانه قال ان وطئتك فعبدي حر او انت طالق او عمرة طالق او زوجته
له اخرى او فمالي صدقة او علي الحج الى بيت الله الحرام او صيام يوم

او صلاة ركعتين او اعتكاف شهر الى ما جرى هذا المجرى من الايمان التي
ان الحنث فيها لزمه ما لم يكن لازما له قبل يمينه فيكون حالفا وهل يصير بهذا الحلف موليا
يوجد حكم الايلا ام لا على قولين احدهما وهو قوله في القديم لا يكون موليا
ما لم يحلف بالله تعالى لقوله سبحانه ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ثم قال
لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم يعني بالله ثم قال للذين يؤلون من نسائهم فعطف به
على اليمين بالله فاقتضى ان يكون موليا بالله وان مطلق الايمان يحمل عرفا
وشرعا على اليمين بالله اما العرف فلانه اذا قيل فلان قد حلف لم يعرف منه الا
الحلف بالله الا ان يقيد فيقال حلف بالعتق او الطلاق واما الشرع فلقول
النبي صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت فوجب ان يكون اطلاق
الايلا محمولا على هذا المعهود من عرف او شرع ولقوله تعالى فان فاؤا فان الله
غفور رحيم وغفران المأثم يتوجه الى الايمان بالله تعالى دون العتق والطلاق
ولان الايلا هو الذي يستحق بالحنث فيه ما لم يكن لازما له واليمين بالعتق والطلاق
قد لا يستحق بالحنث فيها وهو ان يطاها بعد بيع عبده او طلاق زوجته فلا يلزمه
الحنث بالوطي شيئا فوجب ان لا يكون موليا كما لو قال والله لا وطئتك في هذه الدار
او في هذا البلد لم يكن موليا وان كان حالفا لانه قد يطاها في غير تلك الدار او في
غير ذلك البلد فلا يحنث والقول الثاني وهو قوله في الجديد انه يكون موليا
سوا كانت يمينه بالعتق او بالطلاق او كانت بالصلاة او الصيام وقال ابو
يوسف لا يكون موليا اذا حلف بالصلاة والصيام ويكون موليا اذا حلف
بالعتق والطلاق ولا فرق بينهما على القولين ووجه قولنا انه يكون موليا
بجميع ذلك لقول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم فكان على عمومه في كل حالف
واذا كان اللفظ مطلقا كان عاما وحمله على العموم اولى من حمله على الخصوص ولانها
يمين يلزم بالحنث فيها ما لا يلزمه فاقتضى ان يكون موليا كاليمين بالله ولان الايلا ما ادخل
الضرر على المولي وقد يكون الضرر بيمينه بالعتق والطلاق اكثر من الضرر

في سنة بالله فمات او لحبا زيكون بهما موليا * **فصل** فاذا تقرر بما
ذكرناه من توجيه القولين تعلق الثاني فيما يكون التفريع فاذا قال ان وطئتك
فعبدي حر عتق بوطئها ولو قال والله علي ان اعتقه لم يعتق بالوطي وكان
مخيرا بين عتقه او كفارة يمين وهو في الحالين مولي ولو قال ان وطئتك فزينب
طالق فوطئها طلقت زينب ويكون موليا ولو قال ان وطئتك فعلي طلاق
زينب لم يكن موليا لانه اذا وطئها لم تطلق زينب ولم يلزمه طلاقها بخلاف العتق
ولو قال ان وطئتك فلله علي ان اقف داري كان موليا ولو قال فعبدي وقف لم
يكن موليا بخلاف العتق لانه لا يصير بوطئها وقفا ويصير العبد بوطئها
حرا ولو قال ان وطئتك فانت علي حرام اذا قال ذلك لزوجة له اخرى فان
اراد بالحرام الطلاق كان موليا وان اراد به تحريم الوطي كان موليا لانه يجب
عليه بالتحريم كفارة يمين وان لم يكن له ارادة فعلى وجهين من اختلاف اصحابنا
هل يجب عليه بالطلاق ذلك كفارة فان قيل انها تجب كان موليا وان قيل لا
تجب لم يكن موليا * **مسئلة** قال الشافعي ولا يلزمه الايلا حتى يصرح باحد
اسماء الجماع التي هي صريحة الفصل وجملة الالفاظ التي يستعملها في
الايلا تنقسم خمسة اقسام احدها ما كان صريحا في الظاهر والباطن والثاني
ما كان صريحا في الظاهر والباطن والثالث ما كان كناية في الظاهر والباطن
والرابع ما كان مختلفا فيه والخامس ما لم يكن صريحا ولا كناية واما القسم الاول
وهو ما كان صريحا في الظاهر والباطن فهو قوله والله لا انيكك او لا ادخل
ذكري في فرجك او لا اغيبه فيه او لا افتضك بذكري وهي بكر فهذا صريح
في الايلا ظاهرا وباطنا فيصير به موليا اراد به الايلا او لم يرد فيكون موليا في
الاحوال الثلاث اذا اراد به الايلا فاما اذا قال لا افتضك
ولم يقل بذكري فمن اصحابنا من جعل هذا القسم صريحا في الظاهر والباطن

ومن اصحابنا من جعله من القسم الثاني لاحتماله ان لا تفتضها بيده واما
القسم الثاني وهو ما كان صريحا في الظاهر كناية في الباطن فهو
قوله والله لا وطئتك ولا جامعتك فهو صريح في الظاهر اعتبارا بالعرف
في هذا اللفظ يجعله به موليا في الحكم وكناية في الباطن لاحتمال
ان يريد بالوطي بقدمي ولا جامعتك اي لا اجتمع معك فيدين ان لم يرد به
الايلا فيصير بذلك موليا في حالتين اذا اراد به الايلا واذا اطلق ولا
يكون موليا في حالة واحدة وهو اذا لم يرد به الايلا فان قال والله لا وطئتك
بذكري ولا جامعتك بفرجي فمن اصحابنا من جعله من القسم الاول صريحا
في الظاهر والباطن لخروجه بذكر الفرج عن حد الاحتمال ومن اصحابنا
من جعله من هذا القسم صريحا في الظاهر دون الباطن ولم يخرجه ذكر
الفرج من حد الاحتمال لانه يحتمل لا اطا بفرجي ولا اجامعك بذكري دون
الفرج فلذلك صار صريحا في الظاهر كناية في الباطن واما القسم الثالث
وهو ما كان كناية في الظاهر والباطن فهو كقوله والله لا سوتك ووالله لا
قربتك ولا اجتمع راسي مع راسك او لا ضمنا بيت او لا اصحبنك او ليطولن غيبتي
عنك الى ما جرى هذا المجرى من الالفاظ المحتملة للوطي وغيره فلو كنايته
في الظاهر والباطن لا يكون به موليا الا مع الارادة فيصير به موليا
في حال واحدة وهي مع وجود الارادة ولا يكون به موليا في حالتين وهذا
اذا اطلق او لم يرد الايلا واما القسم الرابع وهو ما كان مختلفا فيه فهو ثلث
الفاظ لا اصبتك ولا باشرتك ولا مسستك فهذه الالفاظ الثلثة فيها
قولان احدهما وهو قوله في القديم ان ذلك يكون صريحا في الظاهر كناية
في الباطن كالقسم الثاني فيكون به موليا في حالتين ان اراد او اطلق
ولا يكون به موليا في حالة واحدة وهو اذا لم يرد لان المباضعة مفاعلة من

النصح وهو الفرج والسبيل المباشرة فيتعلق عليهما في الشرع حكم
الوطي والقول الثاني وهو قوله في الجديد انه كنايه في الظاهر والباطن
كالقسم الثالث فلا يكون به موليا في حاله واحده اذا اراد واختلف اصحابنا
في الفاظ لا اصيبك ولا اغشينك ولا المستنك فمنهم من اجراها مجرى
هذا القسم في انها على قولين ومنهم من اخرجها منه وجعلها من القسم الثالث
كنايه في الظاهر والباطن واما القسم الخامس وهو ما لم يكن صريحا ولا كنايه
فهو كقوله لا اوحشنك الا حزنتك او لاكسونك او لا اطعمتك او لا اشربتك
فهذا وما شاكله لا يكون به موليا في الاحوال الثلث الا ان اطلق ولا ان لم
يرد ولا ان اراده لانه لا يكون صريحا ولا كنايه من الطلاق لا يقع به الطلاق
مسئله قال الشافعي ولو قال والله لا اجامعك في دبرك فهو محسن وهذا
صحيح وهو مما لا يكون به موليا لان الشرع منعه من الوطي في الدبر فلم
يمتنع باليمين الا مما هو ممنوع منه فلذلك لم يكن موليا ولو قال والله لا اغتسلت
منك عن جنابه كان كنايه لا يكون به موليا الا مع الاراده لانه قد يحتمل ان
يجب عليه الغسل بوطي غيرها فلا يجب عليه بوطيها او قد يولج … ولا
ينزل فلا يغتسل على قول من يرى ذلك مذهبا … وهذا الوطي يسقط حكم
الايلا لانه صار كنايه ولو قال والله لا جامعتك الا جماع سوء كان كنايه
فان اراد به الوطي في الدبر او دون الفرج كان موليا وان اراد به
قوة الجماع او ضعفه لم يكن موليا ولو قال والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن
موليا سوا اراد به هذا المكروه او غير المكروه لانه حلف على فعل هذا الجماع
لا يمنعه من غيره من الجماع ولو قال والله ليطولن تركي لجماعك كان كنايه
فان نوى به اكثر من اربعه اشهر كان موليا والا فلا **مسئله** قال الشافعي ولو
قال والله لا اقربك خمسه اشهر فاذا مضت خمسه اشهر فوالله لا اقربك سنه

وقف في الاولى فان طلق ثم راجع فاذا مضت اربعه اشهر بعد رجعته وقف بعد
خمسه اشهر وقف فان كانت رجعته في وقت لم يبق عليه من السنه الا اربعه
اشهر او اقل لم يوقف لاني اجعل له اربعه اشهر من يوم نكحه الفرج وهذا
صحيح ويتعلق بسطور هذه المسله اربعه فروع ذكر الشافعي في كتاب الام بعضها
فاما سطور هذه فصورتها في رجل قال والله لا اوطيتك خمسه اشهر فاذا مضت خمسه
اشهر فوالله لا اوطيتك سنه فهذه يمينان على زمانين لا يدخل احدهما في الاخر ويكون
بكل واحد منهما موليا ولا يكون الوطي في احدهما حانثا في الاخرى ولا الطلاق في احدهما
طلاقا في الاخرى سوا قال ذلك متصلا او منفصلا واذا كان كذلك فمده الايلا الاول خمسه
اشهر يوقف فيها بعد اربعه فاذا مضت اربعه اشهر طولب بالفيه او الطلاق ومده
الايلا الثاني سنه يوقف فيها من اول السنه وبعد مضي الخمسه الاشهر ان كانت
على الاباحه فاذا مضت منها اربعه اشهر وذلك بعد تسعه اشهر من الايلا الاول طولب
حينئذ بالفيه او الطلاق ثم يتفرع حكم كل واحد منهما فيقول له فيهما اربعه احوال
احدها ان يفي فيهما والثاني ان يطلق فيهما والثالث ان يفي في الاول ويطلق في الثاني
والرابع ان يطلق في الاول ويفي في الثاني فاما الحال الاول وهو ان يفي في الايلا
الاول ويفي في الايلا الثاني فلو تحلل ان احد الايلا الاول اذا مضى له فيه اربعه اشهر
بعد … وطولب بالفيه او الطلاق فعاد ووطي سقط حكم الايلا الاول بوطيه ولزمته
الكفاره بحنثه فان وطي في بقيه الشهر الخامس منه لم يتعلق بوطيه حنث ولا
يسقط به حكم الايلا الثاني لانه في غير زمانه فاذا انقضى الشهر الخامس فهو اول
زمان وقفه في الايلا الثاني لدخول السنه بانقضائه فاذا انقضى بعدها اربعه اشهر
بعد انقضاء زمان الوقف من الايلا الثاني طولب فيه بالفيه او الطلاق فاذا فا فيه
ووطي سقط حكمه ولزمته الكفاره بحنثه ولا يوقف بعد … وان كان في السنه
بالفيه … بعد انقضائها **فصل** واما الحال الثانيه

وهو ان يطلق في الايلا الاول ويطلق في الايلا الثاني فاذا طلق بعد مضي اربعة
اشهر من الايلا الاول فلا يخلو ان ترجع اليه الزوجه بعد الطلاق او لا ترجع
اليه فان لم ترجع اليه سقط الايلاوه وبقيت يمينه لان الايلا لا يكون الا في زوجه واليمين
تكون في زوجه وغير زوجه وان رجعت اليه فعلى ضربين احدهما ان ترجع اليه برجعه في
العده والثاني بعقد نكاح بعد انقضا العده فان رجعت اليه بالرجعه في العده
كان الايلا الثاني باقيا لما له ان النكاح الذي اجتمعا به باقيا بعد الرجعه واذا
كان كذلك نظرت حال رجعته فان كانت في بقيه الشهر الخامس من الايلا الاول لم يعتد
عليه بباقيه وكان حالفا بيده ان وطئها حنث باليمين الاوله وان كان بعد طلاقه ورجعته
فاذا مضى بقيه الشهر الخامس استونف له مدة الوقف في الايلا الثاني وان كانت
رجعته بعد انقضا الشهر الخامس وبعد دخول السنه من الايلا الثاني فاول مده
الوقف بعد رجعته ولا يحتسب عليه ما مضى من السنه قبلها لانها كانت محرمه عليه
لا يقدر على اصابتها فاذا مضت اربعه اشهر بعد رجعته طولب بالفيه او الطلاق
فاذا طلق فيه سقط حكم الايلا بالطلاق ولم يسقط حكم اليمين بالحنث فاذا رجع
فيه بعد طلاقه استونف له الوقف ان كان الباقي من السنه بعد رجعته
اكثر من اربعه اشهر فاذا مضت طولب بالفيه او الطلاق فان طلق فيه بعد علم
الوقفين انه قد استوفا الطلاق الثلث وان الباقي من السنه اقل من اربعه
اشهر فلا يكون موليا فيها ويكون حالفا ان وطئها اقل من اربعه اشهر
ويكون حالفا ولا يكون موليا وكذلك لو كان الباقي من السنه بعد الرجعه الاولى
من الوقف الاول اربعه اشهر فما دون كان فيها حالفا ولم يكن موليا واما ان
عادت الى الزوج في الايلا الاول بعقد نكاح بعد انقضا العده ولم تعد اليه بالرجعه
في العده فهل يعود الايلاوه في النكاح الاول ويستقر حكمه في النكاح الثاني ام
لا على ثلثه اقاويل احدها انه لا يعود الايلا وان كان عالما بعده لان الايلا
والطلاق والظهار لا يتعلقان الا في زوجه وان الطلاق والايلا لا [illegible]

قبل النكاح والايلا في النكاح الاول قبل النكاح الثاني فلم يصح فعلى هذا لا يوقف
والقول الثاني انه يعود الايلا لبقا اليمين وان عقده موجود في نكاح ما شبه النكاح
الثاني استدامه ذلك النكاح فعلى هذا يوقف فيه للايلا الثاني فلو كان
الوقف فيه كالوقف بعد الرجعه والقول الثالث انه ان كان الطلاق في النكاح الاول
بائنا وهو الثلث او دونها بعوض لم يعد الايلا ولم يوقف لها وكان حالفا ان وطئ حنث
وان كان رجعيا فنكحها بعد انقضا العده منه عاد الايلا واستونف له الوقف
كما يستانف بعد الرجعه ويكون تحكمه على ما مضى **فصل** واما الحال الثالثه وهو
ان يفي بالطلاق في الايلا الاول ويطلق في الايلا الثاني بعد انقضا الاول فاذا
مضت اربعه اشهر من اول الايلا الثاني وذلك بعد تسعه اشهر بعد يمينه
بعضويه زمان الوقف فيه فطولب بالفيه او الطلاق فاذا طلق فيه فان لم يرجع
اليه حتى مضت السنه سقط يمينه وزال الايلاوه لانقضا زمانه وان عادت اليه بعد
انقضائها فعلى ما ذكرنا من الضربين ان عادت برجعه في العده وكان الباقي
من السنه اربعه اشهر كان موليا واستونف له وقف اربعه اشهر وطولب بعد
انقضائها بالفيه او الطلاق وان كان الباقي منها اربعه اشهر فما دون لم يكن فيها
موليا لقصورها عن مده الوقف وكان فيها حالفا وان عادت اليه بعقد نكاح
فان كان الباقي من السنه يقصر عن مده الوقف وهو ان يكون اكثر من اربعه اشهر
فهل يعود الايلا ام لا على ما ذكرنا من الاقاويل الثلثه **فصل** واما الحال الرابعه
وهو ان يطلق في الاول ويفي في الايلا الثاني فلا اعتبار عليه في الايلا الاول
لعدم وطئه فيه وقد سقط عنه حكم المطالبه بطلاقه فيه ويكون حكم طلاقه في هذا
الايلا الاول من هذا القسم حكم لو طلق فيها ويكون وطئه في الايلا الثاني موجب
للكفاره مسقط للايلا لحكمه لو وطئ فيه مع الايلا الاول ولا فرق في الطلاق بين ان يكون هو
المطلق وبين ان يمتنع فيطلق عليه الحاكم في انه يكون على ما مضى الا انهم اذا كان هو المطلق
فهو مخير بين الطلاق الرجعي والبائن واذا كان الحاكم هو المطلق لم يكن له الا الواحده

الواحده الرجعيه لانه اقل ما يخرج به من حكم الايلا واما ان لم يكن منه شي واحد
من الامرين وطي ولا طلاق حتى انقضى زمانها فقد ارتفعت اليمين بينهما وسقط
حكمها ثم ينظر فان كان بهذا العفو الزوجه عن المطالبه لم يأثم لانه حق لها خوفت
لها العفو عنه وان كانت قد طالبته فدافعها كان اثما لا يستديم الاضرار
بها مده يمينه واثمي لها عليه بعد مضي زمانه **فصل** واما الفرع الاول
من فروع هذه المسله فهو ان يقول لها والله لا وطيتك خمسة اشهر ثم يقول والله لا
وطيتك سنه فتدخل المده الاولى في المده الثانيه لان الاقل داخل في الاكثر
كما لو قال له علي مايه درهم ثم قال له علي الف درهم دخلت المايه في الالف واذا كان
كذلك فهما ايلا واحد بيمينين يوقف فيهما وقفا واحدا لكونه ايلا واحدا الا ان
الخمسة الاشهر معقوده بيمينين وما بعدها من تمام السنه معقود بيمين واحده
فان عاد ووطي بعد مضي خمسة اشهر فعليه كفاره واحده لانه معقود بيمين واحده
فان عاد ووطي في الخمسة الاشهر فهو حانث واحد بيمين فيما يلزمه من الكفاره قولان
احدهما كفارتان لانه حانث في يمينين والقول الثاني كفاره واحده لان الحنث
فيهما واحد **فصل** واما الفرع الثاني فهو ان يقول والله لا وطيتك
سنه ثم يقول والله لا وطيتك خمسة اشهر فهل تدخل الخمسة الاشهر في السنه
ام لا على وجهين احدهما انها تدخل فيها اذا تاخرت كما تدخل فيها اذا تقدمت فعلى هذا
يكون ايلا واحدا على سنه واحده بعضها بيمين واحده وهو سبعه اشهر
من اولها ان حنث فيه لزمته كفاره واحده وخمسة اشهر بعدها بيمينين ان حنث
فيهما فعلى قولين احدهما كفاره واحده والثاني كفارتان والوجه الثاني ان
الخمسة الاشهر لم تدخل في السنه اذا تاخرت وان دخلت فيها اذا تقدمت لان
له الزياده على المده وليس له النقصان منها فاذا كان الثاني ناقصا وليس له النقصان
حمل على الاستيناف واذا كان الثاني من ابتدا له الزياده حمل على التداخل
فعلى هذا يكون موليا سنه وخمسة اشهر بيمينين وهل يكون ذلك ايلا واحدا

او ايلاين على وجهين احدهما يكون ايلا واحدا يوقف فيه وقفا واحدا والحنث
عليه اذا وطي في احد الزمانين لا كفاره واحده الا احد الزمانين لم يدخل في الحنث
والوجه الثاني وهو اظهر انهما ايلاان مده الاول منهما سنه ومده الثاني خمسة اشهر
ويوقف في كل واحد منهما ويضرب له مده التربص ولا يغني وقفه في احدهما
عن وقفه في الاخر فان وطي فيهما لزمه كفارتان **فصل** واما الفرع الثالث
فهو ان يقول والله لا وطيتك اربعة اشهر فاذا مضت فوالله لا وطيتك اربعة اشهر
ففيه وجهان احدهما لا يكون موليا لان كل واحد من الزمانين ينقص عن مده الايلا
وليس يلحق احدهما بالاخر فلا يوقف واحد منهما ويحنث ان وطي فيهما والوجه
الثاني انه يكون موليا لانه قد صار بيمينه ممتنعا من وطيها ثمانية اشهر متصله فصار
موليا كما لو جمعها في يمين واحده فعلى هذا لو قال والله لا وطيتك اربعة اشهر
فاذا مضت فوالله لا وطيتك سنه فهذا يكون موليا وفي ابتدا مده الوقف وجهان
احدهما من بعد مضي الاربعة اشهر وهذا على الوجه الذي لا يجعله في المسله الاولى
موليا والوجه الثاني يوقف من اول الاربعة الاشهر وهذا على الوجه الذي
جعله في المسله الاولى موليا **فصل** واما الفرع الرابع وهو ان يقول
والله لا وطيتك اربعة اشهر ثم يقول والله لا وطيتك اربعة اشهر ففي تداخل
الزمانين وجهان احدهما انهما يتداخلان حملا على تكرار التاكيد فعلى هذا لا يكون موليا
لقصوره عن مده الايلا والوجه الثاني لا يتداخلان ويكون مده المنع ثمانية
اشهر لكنها يمين فيما هذا هل يجري عليه حكم الايلا على وجهين من اختلافهما
في الفرع الثاني اذا قال والله لا وطيتك سنه ثم والله لا وطيتك خمسة اشهر ولم
يجعل احد الزمانين داخلا في الاخر هل يكون ايلا واحدا او ايلاين على وجهين ان
جعلناه كالايلا الواحد فعلنا هذا موليا وان جعلناه كالايلاين لم نجعل هذا موليا لان
كل واحد من الزمانين ينقص عن مده الايلا والله اعلم **مسله** قال الشافعي

قال الشافعي ولو قال ان قربتك فعلي صوم هذا الشهر كله لم يكن موليا لانه لو قال
فعلي صوم امس ولو اصابها وقد بقي من الشهر شيء كان عليه كفارة او صوم ما بقي هذا
الشهر وهذا على قوله في الجديد ان الايلا يكون بكل يمين التزم بها ما يلزمه سواء كانت بالله
او بغيره واما على قوله في القديم ان الايلا لا يكون الا في الحلف بالله تعالى فلا يتفرع
عليه هذه المسئلة فاذا قال ان وطئتك فلله علي صوم هذا الشهر كان حالفا ولم
يكن موليا لان المولي لا يقدر على الوطي بعد اربعة اشهر الا بالتزام ما لم يلزمه وهو
يقدر على وطيها بعد اربعة اشهر ولا يلزمه الصوم لمضي زمانه كما لو قال لها ان وطئتك
فعلي صوم امس لا يلزمه الصوم وان وطي لمضي زمانه فاذا تقرر انه لا يكون موليا
فهو حالف فان لم يطاها حتى انقضى ذلك الشهر فلا شي عليه ان وطي بعده وان وطي في
ذلك الشهر وقد بقيت منه بقية فعلى ضربين احدهما ان يكون الباقي منه يوما
فصاعدا فيكون مخيرا بين صوم باقيه وبين كفارة يمين لانه نذر لجاج وغضب فكان
مخيرا بين حكم النذر وحكم الايمان والضرب الثاني ان يكون الباقي منه اقل
من يوم مثل ان كان يطاها في اليوم الاخير منه فنيته قولان مبنيان على صوم اليوم الذي يقدم
فيه زيد احدهما لا يلزمه فعلى هذا لا شيء على الواطي والقول الثاني يلزمه فعلى هذا يوم
شيء على هذا الواطي والقول الثاني يلزمه فعلى هذا يكون هذا الواطي مخيرا بين صوم يوم
وبين كفارة يمين **فصل** ولو قال ان وطئتك فلله علي صوم شهر ولم يعينه
كان موليا بخلاف ما تقدم من تعيين الصوم لانه لا يقدر على وطيها بعد مضي
اربعة اشهر الا بالتزام ما لم يلزم لوجود الشهر الذي لا يتعين فعلى هذا ان وطي
بعد اربعة اشهر كان مخيرا بين صيام شهر او كفارة يمين لانه نذر لجاج وغضب
فان لم يطا وطلق لم يلزمه صوم ولا كفارة لانه لم يحنث وان راجع استؤنف
له مدة اربعة اشهر بالسنة فاذا مضت وطلق ثم راجع استؤنف له
مدة اربعة اشهر بالسنة فاذا مضت وطلق بانت منه بثلاث وان عاد
نكحها بعد زوج فهل يعود الايلا ام لا على قولين احدهما وهو قوله في الجديد

واحد قوليه في القديم انه لا يعود ويكون حالفا غير مولي والقول الثاني في القديم
يعود الايلا لبقا اليمين ووجود ما يعقد به فصل **مسئلة** قال الشافعي
فان قال ان وطئتك فانت طالق ثلثا وقف فان فا فاذا غيب الحشفة
طلقت منه ثلثا فان اخرجه ثم ادخله فعليه مهر مثلها وهذا انما يتفرع على
قوله في الجديد فاذا قال لها ان وطئتك فانت طالق ثلثا كان موليا لما يلزمه من
طلاقها بالوطي وهو حينئذ يوقف مدة الايلا اربعة اشهر ويطالب بعدها بالفيئة
او الطلاق وقال ابو علي بن خيران لا يجوز ان يطالب بالفيئة ويؤخذ بالطلاق لان
الوطي يحرم عليه لانها تطلق به ثلثا فيصير واطيا لبائن منه وذلك محرم عليه
لانه اذا كان ما بعد الايلاج محرما كالصائم اذا تحقق بخبر صادق انه لم يبق الى
طلوع الفجر الا قدر ايلاج الذكر دون اخراجه حرم عليه الايلاج وان كان في زمان
الاباحة لتحريم ما بعد الايلاج في زمان الحظر فيحرم الايلاج وان كان قبل الفجر لوجود
الاخراج بعد الفجر كذلك هذا المولي يحرم عليه الايلاج وان كان قبل الطلاق
لوجود الاخراج بعد الطلاق وذهب سائر اصحابنا الى ان هذا المولي لا
يحرم عليه الايلاج لانها زوجة ولا يحرم عليه الاخراج لانه ترك وان طلقت بالايلاج
ويكون المحرم بهذا الوطي استدامة الايلاج لا الابتدا والاخراج [illegible] ذلك
شيئان مذهب وحجاج اما المذهب فقول الشافعي لو طلع الفجر على الصائم
وهو مجامع فاخرجه مكانه كان على صومه وان مكث بعد اخراجه افطر ولم يحرم
الاستدامة ولم يحرم الاخراج لوجود الايلاج في حال الاباحة وان الاخراج ترك
وان كان في زمان الحظر فصار مباحا واما الحجاج فهو ان رجلا لو قال لرجل ادخل داري
ولا تقم فيها استباح الدخول لوجود الاذن ووجب عليه الخروج لمنعه عن المقام
ويكون الخروج وان كان في زمان الحظر مباحا لانه ترك كذلك هذا المولي يستبيح
ان يولج ويستبيح ان يخرج وتحرم عليه استدامة الايلاج واما الصائم اذا اخبره

ان الثاني من طلوع الفجر قدر الايلاج دون الاخراج فقد اختلف اصحابنا هل تحرم
عليه الايلاج لوجود الاخراج في زمان الفجر بدوام الايلاج وجهين احدهما انه تحرم
عليه الايلاج لوجود فيه زمان الاباحة وان كان الاخراج في زمان الحظر لانه
لم يعلق هذا يستوي حكم المولي والصائم والوجه الثاني تحرم على الصائم الايلاج
وان كان في زمان الاباحة لوجود الاخراج في زمان الحظر فعلى هذا يكون الفرق
بين الصائم والمولي ان الفجر قد على الصائم يعني الايلاج فلم تحرم عليه الايلاج

فصل واذا تقرر ما وصفنا من ان الايلاج لا يجب عليه وان تعلقت بطلاق
ما قاله في خيارات وانتخب في المطالبة بعد الوقف بين الفيئة او الطلاق
وان طلق نطلاقه فيه كطلاقه في غيره على ما مضى وما سياتي وان اراد الوطي والذي
يباح له منه ان يولج الحشفة حتى تلتقي بها الختانان لان ما يتعلق بالوطي من سائر
الاحكام يتعلق بهذا القدر من الايلاج وهو التقاء الختانين كذلك الطلاق والمعلق
بوطيها يقع بالتقاء الختانين وهو تغييب الحشفة فلو زاد على ايلاج الباقي من الذكر
تحرم المكث فيصير من فعل محرمين وان كان ذلك لم يخل حاله بعد تغييب الحشفة
من ثلاثة احوال احدها ان يخرج حشفته في الحال فلا يستديمها ولا يولج بقية
ذكره معها بعد فعل ما ابيح له من الفيئة التي خرج بها من حكم الايلاء ووقع الطلاق
الثلاث ولم يتجاوزه الى محظور يوجب حدا ولا مهرا والحال الثانية ان يلبث بستديما
لايلاج الحشفة او يستوفي الايلاج جميع الذكر وسواء استدام لم يحرك الوطي حتى انزل
او لم يستدم حتى اخرج من غير احداث ايلاج ثاني فهذا قسم واحد وحكمه
واحد وهي ايلاجة واحدة كان اولها مباحا واخرها محظورا فلا حد عليه لان
اجتماع التحليل والتحريم في الفعل الواحد شبهة يدرا بها الحد وفي
وجوب المهر بها وجهان احدهما يجب عليه المهر بالاستدامة كما يجب بالابتدا
كالصائم اذا طلع عليه الفجر وهو مجامع فاستدام الايلاج ولم يعد الخروج

عليه الكفارة باستدامة الايلاج كوجوبها عليه بابتدا الايلاج والوجه
الثاني انه لا يجب عليه المهر بالاستدامة وان وجبت الكفارة على الصائم
بالاستدامة لانها ايلاجة واحدة لا يتميز حكمها واذا لم يجب بابتداها
مهر لم يجب باستدامتها وخالف استدامة الصائم من وجهين احدهما ان الكفارة
بالصوم تتعلق بحرمة الزمان والاستدامة فيه حادثة في الزمان فتميز احكامها وان
تميزت حكم الابتدا وحكم الاستدامة وليس كذلك المهر لانه يجب بشي واحد وهو
الوطي فلم يتميز حكم الابتدا من حكم الاستدامة والفرق الثاني ان ايجاب المهر
ها هنا بالاستدامة يفضي الى ايجاب مهرين بوطي واحد وهو ان يكون مفوضة
غير مدخول بها فيجب لها بالتقاء الختانين مهر ويجب لها باستدامة الايلاج
مهر فان تعصى الوطي الواحد موجب لمهرين وهذا غير جائز وليس كذلك الكفارة
في استدامة الصائم لانها لا توجب الا كفارة واحدة على تفاريق الاحوال كلها

فصل والحال الثالثة ان يخرج الحشفة بعد الايلاج ثم يستانف ايلاجا
ثانيا فيجب بها المهر واجبا بالايلاجة الثانية وان كانت الاولى والثانية منسوبين
الى وطي واحد لانه لما تميزت الاولى عن الثانية في التحريم حتى حلت الاولى
وحرمت الثانية وان كانا من وطي واحد تميزت الاولى عن الثانية في المهر وان
كانا من وطي واحد الا ترى ان الوطي اذا تكرر منه اثري الحكم وان وطيها مرة واحدة في
نكاح لم يجب عليه الا مهر واحد واذا اختلف حكم بان وطي مرة بنكاح ومرة بشبهة
لم يتميز حكمهما ووجب عليه مهر لكل واحدة منهما كذلك الوطي الواحد واذا انتقل
الثانية يتعلق بها وجوب المهر فلا حكم لما بعدها من ايلاجة ثالثة ورابعة الا انها
في حكم الثانية فاستوى حكم جميعها كما لو تكرر وطي الشبهة استوى حكم جميعه
في مهر واحد وان كان كذلك فلا يخلو حاله ان وجب ها هنا في الايلاجة الثانية وما
بعدها من اربعة اقسام احدها ان يكونا جاهلين لتصورهما ان الطلاق لا يقع الا بالانزال

الوطي واتمامه فلا حد عليهما لوجود الشبهة وان حقيقة اسم الوطي في اللغة تنطلق
على الفراغ منه وان كانت احكامه في الشرع متعلقة باوله فلهذه الشبهة سقط
الحد عنهما ولا تعزير عليهما لانه لما كان شبهة في الحد فاولى ان يكون شبهة في التعزير
واذا سقط الحد والتعزير وجب لها المهر الثاني ان يكونا عالمين بالتحريم وان
الايلاج الثاني وما بعده فان عند تحريمها بالايلاج الاول ففي وجوب الحد عليهما
وجهان احدهما انه زنا يوجب الحد لانه ايلاج مستانف بعد العلم بالتحريم فانه
ولمحل الاجنبية فعلى هذا لا مهر فيه لان وجوب الحد عليها يمنع من وجوب المهر لهما
لتنافي موجبهما والوجه الثاني انه لا حد فيه وان كان زنا لانه وطي واحد فكان تحليل
اوله شبهة في تحريم اخره فعلى هذا يكون لها المهر لسقوط الحد عنها ويعزران
والقسم الثالث ان يكون الزوج عالما بالتحريم والزوجة جاهلة او عالمة لكنها لم
تقدر على دفعه عن نفسها فهما سواء ولا حد عليها لوجود الشبهة ولها المهر لسقوط
الحد وهل على الزوج الحد لعلمه بالتحريم ام لا على ما مضى من الوجهين احدهما
يحد والثاني لا يحد ويعزر والقسم الرابع ان يكون الزوج جاهلا بالتحريم والزوجة
عالمة به فلا حد على الزوج ولا تعزير لجهله وفي وجوب الحد على الزوجة مع
علمها وجهان احدهما الحد عليها وتعزر فعلى هذا لها المهر والوجه الثاني لا حد عليها
الحد فعلى هذا لا مهر لها لان الحد والمهر لا يجتمعان والله اعلم **مسالة**
قال الشافعي فان ابى ان يفي طلق عليه واحدة فان راجع فله اربعة اشهر من
يوم راجع ثم هكذا حتى ينقضي طلاق ذلك الملك قلنا وهذا كما قال
اذا مضت للمولي مدة التربص اربعة اشهر وخير بين الفيئة او الطلاق فهو مما
يصح فيه النيابة ومما يعتبره مقامه فيه فهل يطلق الحاكم عليه ام لا على قولين احدهما
وهو قوله في القديم انه لا يطلق عليه الحاكم لقول الله تعالى وان عزموا الطلاق
فاضاف العزم الى الزوج فاقتضى ان لا يصح من غيره ولقول النبي صلى الله عليه الطلاق لمن

اخذ بالسابق فجعله الى الازواج دون غيرهم ولانه مخير بين امرين لا مدخل للحاكم
في احدهما فلم يكن له مدخل في الاخر ولان ما لا يتعين الحق فيه لاجل التخيير لم يقم الحاكم
في التخيير مقامه كالذي يسلم عن اختين يمتنع من اختيار احداهما لم يقم الحاكم مقامه
في الاختيار كذلك هاهنا فعلى هذا يحبس الزوج بعد امتناعه حتى يفي او يطلق لقصده
الاضرار بالامتناع من حق وجب عليه مع القدرة عليه كما يحبس اسلامه اذا امتنع
من اختيار احدى الاختين او من اختيار اربع اذا اسلم معه اكثر منهن والقول
الثاني وهو قوله في الجديد ان الحاكم يطلق عليه بعد امتناعه لان ما دخلته النيابة
اذا تعين مستحقه وامتنع من عليه الحق من ادائه كان للحاكم الاستيفاء كالديون ولان ما
استحق به الفرقة بعد ضرب المدة كان للحاكم مدخل فيها كالعنة وان قيل فهلا
جاز للمراة عند امتناع الزوج من طلاقها ان تطلق نفسها وتكون هي المستوفية لحقها دون
الحاكم كالدين يجوز لمستحقه عند امتناع الغريم من ادائه ان يكون هو المستوفي له دون
الحاكم قلنا لا يجوز والفرق بينهما ان الطلاق يحتاج الى اجتهاد فكان الحاكم احق به وقضاء الدين
لا يجتهد فيه فجاز ما كان احق به فعلى هذا اذا ثبت ان الحاكم يطلق عليه فانه يطلق عليه
واحدة لا يتجاوزها لان الله تعالى اطلق عزيمة الطلاق فاقتضى ما يطلق عليه اسم الطلاق
وهو ينطلق على الواحدة فلم يلزم الزيادة عليها **فصل** واذا تقرر ان المستوفى له طلقة
واحدة فاذا اوقعها الزوج باختياره اولى ثم عند امتناعه فهي طلقة رجعية وقال ابو
ثور هي طلقة بائن لا يملك فيها الرجعة وقال ابو حنيفة بمضي المدة توقع الطلقة
بائن لا يملك فيها الرجعة استدلالا بامرين احدهما ان ما اوقعه الحاكم من الفرقة
لا يملك فيها الرجعة كالفسخ بالعنة والعيوب والاعسار بالنفقة والثاني ان القصد
بالطلاق دفع الاضرار والطلاق الرجعي لا يرتفع به الاضرار لانه قد يراجع بعده
فيعود الاضرار فاقتضى ان يكون بائنا ليرتفع به الاضرار ودليلنا قول الله تعالى
وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا فكان على عمومه ولانه طلاق لم يستوف

عدده فوجب اذا خرج عن العوض بعد الاصابه ان يستحق فيه الرجعه كطلاق زوجه
المولي ولانا نستحق الرجعه في الطلاق فاستحقاق الولاء في العتق بل لا يستحق
الولي في جانب العتق وتطوعه وجب ان يستحق الرجعه في واجب الطلاق وتطوعه
فاما الفسخ فلا تملك فيه الرجعه فلذلك وقع بائنا واستوى في ذلك الطلاق وما رفع الاضرار
فقد يرتفع بالطلاق الرجعي الا انه ان لم يراجع تعجل رفع الضرر وان راجع تأخر
رفع الضرر وصوب الحالين رافع الضرر **فصل** فاذا ثبت ان الطلقه رجعيه
فانه لا يجب اكثر منها فان كان الحاكم هو الموقع لها فلا يجوز له الزياده عليها وان
كان الزوج هو الموقع لها جازت له الزياده عليها فيطلق ثلثا اذ لنا ما يكون له ذلك
لو لم يكن موليا فاذا طلق واحده او طلق عليه الحاكم واحده فان لم يراجع حتى انقضت
العده فقد بانت فان استانف العقد عليها بعد العده فعلى قول الشافعي في القديم
واحد قوليه في الجديد يعود الايلا ولا يوقف وان كانت اليمين باقيه لانه لا يكون موليا
قبل النكاح وان راجع في العده وقف لها بعد الرجعه وكان اول زمان الوقف من
بعد الرجعه لا يحتسب عليه بما تقدمها وان كان ملحوظا احتسبنا عليه بزوجيتها
لانها محرمه عليه وجاريه في الفسخ فاذا مضت مده الوقف الثاني بانقضاء اربعه
اشهر ثانيه طولب بعدها بالفيئه او الطلاق فان طلق ثانيه او امتنع فطلقها الحاكم
عليه طلقه ثانيه كانت الثانيه رجعيه كالاولى فان راجعها استونف له وقف
ثالث فاذا مضت مده بانقضاء اربعه اشهر ثالثه طولب بعدها بالفيئه او الطلاق
فان طلقها بعدها ثالثه او امتنع منها فطلقها الحاكم عليه طلقه ثالثه فلا رجعه له
بعدها لان الثلث لا رجعه فيها مجتمعه كانت او متفرقه وقد سقط بها حكم الايلا
في هذا النكاح فان عاد فنكحها بعد زوج فعلى قول الشافعي في الجديد كله واحد قوليه
في القديم لا يعود الايلا وان كان حالفا وعلى قوله الثاني في القديم يعود الايلا ويثبت
له مده الوقف وليس يخلو على مثل ما مضى في النكاح الاول الا ان يفي فيسقط
حال الحنث فيه فان نفع وليس في الطلاق حنث فلم يرتفع فان قيل فان الله تعالى

جعل مده التربص اربعه اشهر فلم جعلتموها اضعافا قيل انما قدرناها بالاربعه
في التربص الواحد واذا وجب تكرار التربص وجب تكرار المده **مسئله**
قال الشافعي ولو قال انت علي حرام يريد تحريمها بلا طلاق او اليمين بتحريمها فليس بمولي
لان التحريم شيء حكم فيه بكفاره اذا لم يقع طلاق فلا يكون الايلا والظهار طلاقا وان
اراد بهما طلاقا فلا يحكم فيهما بكفاره وهذا صحيح اذا قال لزوجته انت علي
حرام فان نوى به الطلاق كان طلاقا وان نوى به الظهار كان ظهارا وان نوى به
الايلا لم يكن موليا فكان كنايه في الطلاق والظهار ولا يكون كنايه في الايلا لان الايلا ما
لم يقدر على الاصابه فيه بعد مده التربص الا بالتزام ما لم يكن لازما قبل الاصابه
وقوله انت علي حرام ان نوى به اليمين في تحريم الاصابه لزمته به الكفاره في الحال من غير
اصابه وان اطلقه كان على قولين احدهما يجب به الكفاره في الحال والثاني لا يجب
في الحال ولا بالاصابه في ثاني حال فصار بهذا القول قادرا على الاصابه بعد مده
التربص من غير التزام الكفاره لان الكفاره ان وجبت باللفظ دون الاصابه
وان لم يجب بلفظ ولا بالاصابه فلم يتعلق بالاصابه في الاحوال كفاره فلذلك لم
يكن موليا **فصل** فاذا قال ان اصبتك فانت علي حرام وان اراد بالحرام الطلاق
كان موليا لانه متى اصابها بعد الوقف طلقت وان اراد به اليمين كان موليا لانه
متى اصابها لزمته الكفاره وان لم يكن له اراده فان قيل انه يوجب الكفاره مع
الاطلاق كان موليا وان قيل لا يوجبها لم يكن موليا وقد مضى ذلك في اول الكتاب
واما اذا قال لها انت علي حرام وقال نويت بها تحريما على ان اصبتها سنه ثم حلف
ظاهر لفظه ان الظاهر من قوله انت علي حرام يوجب تعجيل الكفاره في الحال ونيته
انها حرام عليه ان اصابها يوجب تاخير الكفاره الا بالاصابه وهذا يحتمل
يدين فيه والكفاره مما يدين فيها لانها من حقوق الله تعالى وقد اعترف بالايلا
وفيه حق الزوجه فوجب ان يصير به موليا ووجه

لا يكون موليا لان الصحيح ما عللنا والله اعلم **مسئلة** قال الشافعي ولو قال
والله ان قربتك فعبدي حر عن ظهاري ان تظاهرت لم يكن موليا حتى يتظاهر
وهذا صحيح اذا قال ان اصبتك فعبدي هذا حر عن ظهاري ان تظاهرت
فقد علق عتق عبده بشرطين باصابتها وبظهاره فلا يعتق بوجود احد الشرطين
حتى يوجدا معا فان وطيها ولم يتظاهر لم يعتق وان ظاهر ووطي عتق واذا كان كذلك
لم يكن في الحال موليا لانه يقدر على اصابتها ولا يعتق عليه عبده كما لو قال لها ان
وطيتك ودخلت الدار فانت طالق لم يكن موليا قبل دخول الدار لانه يقدر على
وطيها من غير طلاق واذا لم يكن هذا موليا في الحال نظر فان قدم الوطي على
الظهار سقط حكم الايلا وبقي حكم اليمين فاذا ظاهر عتق عليه عبده وانما
سقط حكم الايلا بتقدم الاصابة لانه يقدر على اصابتها بعد ذلك ولا يعتق
به عبده لان عتق عبده يكون بظهار من بعد لا باصابته وان قدم الظهار
قبل الاصابة صار حينئذ موليا لانه لم يبق من شرط العتق الا اصابتها فصارت
الاصابة توجب عتق عبده فلذلك صار موليا **فصل** واذا تقرر
انه لا يكون موليا اذا قدم الاصابة ويكون موليا اذا قدم الظهار وجب ان
يوقف فيه لاجل هذا فاذا استوفيت مدة الوقف طولب بالفيئة او الطلاق
فان طلق كان مخيرا بين ان يعتق عبده عن ظهاره وبين ان يستبقيه على ملكه
فان استبقاه على ملكه كان الايلا باقيا ان راجع بعد طلاقه لانه يعتق عليه
باصابته وان اعتقه عن ظهاره اجزاه عتقه عن الظهار وسقط الايلا وان
راجع لانه لم يبق من يعتق عليه بالوطي فهذا حكم ان طلق في هذا الايلا فاما
ان فاء بالوطي ولم يطلق فقد عتق عليه عبده وسقط الايلا وحنث ولم يجزه
العتق عن ظهاره لان الحلف فيه على ما فيه واما اختلفوا العلة فقال ابو اسحق المروزي
العلة فيه عدم اجزائه انه قدم عقد عتقه عن ظهاره قبل ان يجد
لابطال التقديم وقال اخرون العلة فيه انه جعل عتقه مشتركا

بين ظهاره وبين حنثه في الايلا فلم يجزه الا خالصا لكفارة **فصل** واما اذا
كان متظاهرا فقال بعد ظهاره ان اصبتك فعبدي هذا حر عن ظهاري
كان موليا لانه متى اصابها عتق عليه وان قيل فالعتق مستحق عليه بالظهار
فهو ليس يلتزم بالاصابة ما لم يكن لازما فلم جعلتموه موليا قلنا لان عتق عبده
هذا غير متعين بالظهار وهو متعين بالاصابة فصار بالاصابة ملتزما ما من تعيين
العتق ما لم يلزم فلذلك صار موليا فاذا مضت مدة الايلا كان مخيرا بين الاصابة
او الطلاق فان طلق كان مخيرا في عتق الظهار بين عتق ذلك العبد وبين عتق غيره
فان اعتقه عن ظهاره اجزاه وسقط الايلا وان راجع بعد الطلاق وان عتق
عبده اجزاه وكان الايلا ان راجع بعد الطلاق باقيا لوقوع عتقه بالاصابة
وان فاء بالوطي ولم يطلق عتق عليه عبده وهل يجزيه عتقه عن ظهاره ام لا على
وجهين من اختلاف اصحابنا في التعليل المتقدم احدهما وهو قول ابي اسحاق
المروزي انه يجزيه تعليلا بان عتقه معقود بعد ظهاره والوجه الثاني لا يجزيه
تعليلا بان عتقه مشترك بين ظهاره وبين وطيه في الايلا **مسئلة**
قال المزني قال الشافعي ولو قال ان قربتك فلله علي ان اعتق فلانا
عن ظهاري وهو متظاهر لم يكن موليا وليس عليه ان يعتق فلانا عن ظهاره
وعليه فيه كفارة يمين قال المزني اشبه بقوله ان لا يكون عليه كفارة
يمين لان الذي اتى لو قال لله علي ان اصوم يوم الخميس عن اليوم الذي كان علي
لم يجز عليه صوم يوم الخميس لانه لم يتبين وقته بشي لزمه فاي يوم صامه اجزا
عنه ولم يجعل للنذر في ذلك معنى لزمه به كفارة ونحن فقد ذكرنا
ان هذا كله يتفرع على قوله في الجديد ان الايلا معقود باليمين واذا كان كذلك
فصورة هذه المسئلة ان يقول زيد يتظاهر وعاد ان اصبتك فلله علي ان اعتق
عبدي سالما عن ظهاري فصار بالنذر اعتق سالما عن ظهاره وحالما يعتق سالم في
الايلا الا انه جعل يعتق عبده في الايلا في حنثه

وجعل عتقه في المسألة الأولى لا يجوز فهذا فرق ما بينهما وإذا كان كذلك فالبناء أن هذه
المسألة مبني على وجوب تعيين عتقه بهذا النذر فعلى مذهب الشافعي يجب بهذا
النذر تعيين عتقه إلا أنه عند نذر اللجاج خرج مخرج اليمين فكان فيه بعد اللزوم
مخيرا بين عتقه التزاما لحكم النذر وبين الكفارة التزاما لحكم اليمين فصار بالخيار
في التزام أحدهما ملتزما بالإصابة ما لم يكن يلتزم ما قبلها فلذلك صار موليا وقال المزني
لا يلزمه بهذا النذر تعيين العتق ولا يكون بتعيينه موليا احتجاجا بالصوم إذا
كان عليه صوم من كفارة أو قضاء فنذر أن يصوم هذا اليوم الذي عليه في يوم الخميس لم يتعين
صومه فيه وكان مخيرا بين صومه أو صوم غيره كذلك العتق إذا وجب عليه في الظهار
تعيينه بالنذر في عبد بعينه لم يتعين فيه وكان بالخيار بين عتق ذلك العبد وبين عتق
غيره واحتج على أن النذر لا يوجب التعيين في العتق والصوم بأن الواجب بالنذر
ما لم يكن واجبا بغير النذر والعتق والصوم قد وجب بغير النذر وليس في التعيين
زيادة في الوجوب فلذلك لم يتعين ولم يصر موليا بتعيين العتق كما لم يصر موليا
بتعيين الصوم وهذا الذي قاله المزني خطأ أما تعيين العتق الواجب بالنذر فلازم
له لا يختلف فيه مذهب الشافعي وسائر أصحابه حتى لو قال وعليه عتق رقبة
واجبة إن شفا الله مريضي فلله علي أن أعتق عبدي هذا عن الرقبة التي علي
شفا الله مريضه تعين عتق الرقبة في ذلك العبد بعينه ويكون أصل العتق
مستحقا بالوجوب المتقدم وتعيينه مستحق بالنذر الحادث فيستوي في تعيين
العتق حكم الابتداء والانتهاء وأما تعيين الصوم الواجب بالنذر فقد اختلف أصحابنا فيه
على وجهين أحدهما حكاه ابن أبي هريرة أنه يتعلق النذر به كالعتق حتى لو قال وعليه صوم
واجب إن شفا الله مريضي فلله علي أن أصوم اليوم الذي علي في يوم الخميس فشفا الله مريضه
لزمه صومه فيه فيستوي تعيين الصوم في الابتداء والانتهاء كالعتق وإنما يتعين
بالنذر في الانتهاء ما تعين بالنذر في الابتداء لأن تعيين الحقوق أشق وأثقل
من إرسالها فصار ملتزما بالتعيين زيادة مشقة لم تكن قبل ولذلك وجب بالنذر

فعلى هذا يكون موليا بتعيين الصوم كما يكون موليا بتعيين العتق والوجه الثاني
وهو الذي عليه جمهور أصحابنا وقد نص عليه الشافعي في الأم أن الصوم
الواجب لا يتعين بالنذر والعتق الواجب يتعين بالنذر والفرق بينهما من وجهين
أحدهما أن صوم الأيام متساوية فصوم يوم السبت كصوم يوم الأحد ليس بينهما
زيادة ولا تفاضل فلذلك لم يتعين ما وجب فيه بالنذر لتساويه وعتق الرقاب
تتفاضل فتكون رقبة ثمنها مائة دينار ورقبة قيمتها دينار وكلاهما يجزئان في الكفارة
فلذلك تعين ما وجب فيه بالنذر لتفاضله والفرق الثاني وهو أن الصوم من حقوق
الله المحضة التي لا تتعلق بحق آدمي فاستوى في حق الله جميع أيام الله الأزمان
لو نذر صوم يوم الخميس ففاته صومه بعذر أو بغير عذر قضاه في غيره ولو عجله
قبل الخميس لم يجزه لتقدمه على وجوبه وليس كذلك تعيين العتق لأن فيه حقا لآدمي
لا يجوز إسقاطه ألا ترى أنه لو نذر عتق عبد بعينه فمات لم يلزمه عتق غيره ولو نذر عتقه
بعد ثلاثة أيام جاز تعجيل عتقه ولهذا الفرق ما تعين العتق الواجب بالنذر ولم
يتعين الصوم الواجب بالنذر واستوى تعيين العتق في الابتداء والانتهاء
وافترق تعيين الصوم في الابتداء والانتهاء فعلى هذا يكون موليا بتعيين العتق الواجب
في هذه المسألة وقد كان أبو علي ابن أبي هريرة يقول إنما نقل ذلك على مذهبه في القديم
أنه لا يكون موليا إلا في اليمين بالله تعالى فأما على مذهبه في الجديد أنه يكون موليا بكل
يمين لزم فهو خطأ في النقل لأن كان يحتمل ما قاله الشافعي في المذهبين وذهب سائر أصحابنا
إلى أنه أخطأ على الشافعي في النقل كما خالفه في المذهب لأن الشافعي نص على هذه
المسألة في كتاب الأم والإملاء وهما من الجديد بدلا من القديم ولم يختلف مذهبه
في الجديد أنه يكون موليا بكل يمين يلزمه سواء كانت بالله تعالى أو بغيره من عتق
أو طلاق أو غيره **فصل** وإذا تقرر ما وصفنا من الإيلاء بتعيين العتق الواجب عن
ظهاره وجب أن يوقف أربعة أشهر فإذا مضت طولب بالفيئة أو الطلاق فإن فاء

ووطي بعد لزمه التكفير والنذور ضربان ضرب طاعه يقصد به القربه ونذر
لجاج خرج مخرج اليمين فاما نذر الطاعه المقصود به القربه كقوله ان شفا
الله مريضي فلله علي عتق عبدي هذا فاذا شفا الله مريضه لزمه عتق عبده
ولم يكن مخيرا بينه وبين غيره واما نذر اللجاج الخارج مخرج الايمان فهو
ما قصد به منع نفسه من فعل او الزام نفسه فعل شي كقوله ان كلمت زيدا فلله علي
عتق عبدي او ان لم ادخل الدار فلله علي عتق رقبه فاذا كلم زيدا او لم يدخل الدار
وجب النذر وكان مخيرا بين التزام ما نذره من العتق اعتبارا بالنذر وبين
كفاره يمين اعتبارا بالايمان ونذره في هذا الموضع نذر لجاج خرج مخرج
اليمين فكان فيه مخيرا بين عتق عبده الذي عينه وبين العدول الى كفاره يمين
فان عدل الى الكفاره سقط بها حكم الايلا وان اختار العتق عن ظهاره من
عتق ذلك العبد دون عتق غيره لحاله قبل نذره لان النذر قد خرج منه
بالتكفير فان اعتق ذلك العبد عن ظهاره اجزاه وجها واحدا لانه عتق اختص
بظهاره وحده وان لم يكن في الايلا وان اعتق ذلك العبد بعينه عن ظهاره خرج
عن حكم الايلا وفي اجزا عتقه عن ظهاره وجهان على ما مضى احدهما وهو قول
ابي اسحق المروزي يجزيه عن الظهار لتعين عتقه بعد وجود الظهار
والوجه الثاني لا يجزيه ذلك عن ظهاره لانه عتق مشترك بينه وبين الايلا
نفذ لحكم الايلا ان … فاما ان طلق … بالطلاق من حكم الايلا
وكان مخيرا في الظهار بين عتق ذلك العبد وبين عتق غيره لان النذر لم
يلزم لعدم الوطي فكان في الظهار على حكم الاصليه في عتق اي عبد شا فان
اعتق ذلك العبد اجزاه وجها واحدا لانه يجزيه عتق غيره لانه اخرج عتقه
من حق الايلا فعلى هذا الواجب في العده بعد طلاقه نظر فان رجع
قبلها العتق عن ظهاره عاد الايلا واستوفي له الوقف كان ابدا او …

رجعته بعد العتق عن ظهاره لم يخل من ان يكون قد اعتق ذلك العبد او اعتق
غيره فان كان قد اعتق غيره عاد الايلا بعد رجعته لبقا العبد الذي يكون
مخيرا بين عتقه وكفاره يمينه وان كان قد اعتق ذلك العبد ففي عود الايلا
وجهان احدهما لا يعود وهو الاظهر لفوات العبد المنذور في الايلا
فعلى هذا لو كان قد باع العبد في مده الوقف سقط حكم الايلا والوجه الثاني
ان حكم الايلا يعود لانه لا يحكم بنذره لان حكم نذره يتعلق بالكفاره كتعلقه بعتقه
والكفاره مقدور عليها فقامت مقام وجوده ويكون وجوده موجب التخيير
بين عتقه وبين التكفير وفوات عتقه مسقط للتخيير وموجب التكفير فعلى
هذا لو باع العبد في مده الوقف او مات لم يسقط الايلا والله اعلم **مسله**
قال الشافعي ولو الى من واحده ثم قال للاخرى قد اشركتك معها في الايلا لم تكن شريكتها
لان اليمين لزمته للاولى واليمين لا يشترك فيها قال الماوردي اعلم ان الايلا على ضربين
احدهما ان يكون معقودا على اليمين بالله تعالى والثاني ان يكون معقودا بما يبين
لازمه فان عقده بالله تعالى فقال لاحدى زوجتيه والله لا اصيبك ثم
قال للاخرى وانت شريكتها في الايلا كان موليا من الاولى ولم يكن موليا
من الثانيه ولو طلق احداهما وقال للاخرى انت شريكتها في الطلاق كان
مطلقا لهما وهكذا لو ظاهر من احديهما وقال للاخرى انت شريكتها في
الظهار كان مظاهرا منهما فان قيل فلم لم تكن الثانيه شريكه للاولى في الايلا
اذا اراده وكانت شريكه لها في الطلاق والظهار اذا اراده قيل لان الايلا يمين
بالله لا ينعقد بالكنايه والطلاق والظهار ينعقدان بالكنايه والاشتراك
لو قال ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال ان … ولو قال ان
طلقت فلانه فانت طالق لم … الطلاق بطلاق زيد والفرق بينهما في دخول الكنايه
في الطلاق والظهار دخولها في الايمان من وجهين احدهما ان اليمين

بالله تعالى حرمة التعظيم فلم يجز لعظم حرمته ان يحنث عنه وليس الطلاق
والظهار حرمة تعظيم فلم يجز لعظم حرمته ان يحنث عنه وليس الطلاق والظهار
حرمة تعظيم فجاز ان يحنث عنهما والثاني انه لما لم تصح النيابة في اليمين تغليظا لما
يجب فيها الكفارة ولما صحت النيابة في الطلاق والظهار تخفيفا صحت فيهما الكناية
والفرق بينهما صحة النيابة في الطلاق والظهار وانتفاء النيابة عن اليمين
من وجهين احدهما ان مقصود اليمين التعظيم فلم تصح فيه النيابة ومقصود
الطلاق والظهار التحريم فصحت فيه النيابة والثاني ان تأثير اليمين في الحالف
فلم يجز استنابة غيره وتأثير الطلاق والظهار في غيره فجازت فيهما الاستنابة
عنه فصل واما الضرب الثاني وهو ان اعتقدها بعتق او طلاق
وجعله مولياً منهما على قوله الجديد فاذا قال لاحدى زوجتيه ان وطئتك
فانت طالق او فعبدي حر ثم قال للاخرى وانت شريكتها سئل عن ارادته
وله في الارادة اربعة احوال احدها ان يقول اردت بقولي انت شريكتها
سئل عن ارادته وله في الارادة اربعة احوال احدها ان يقول اردت
بقولي انت شريكتها اني متى وطئت الثانية مع الاولى فالاولى طالق فهذا
يكون مولياً من الاولى دون الثانية ولا يكون الثانية شريكة للاولى ولا يكون وطئها
شرطاً في طلاق الاولى لانه علق طلاق الاولى بشرط واحد وهو وطئها فصل
فلم يجز ان يضم اليه شرطاً ثانياً بوطء الثانية لما فيه من رفع حكم الشرط الاول
بعد انعقاده الا ترى لو قال ان كلمت زيداً فانت طالق ثم قال اردت ان دخلت الدار
وزيد ان طلاقها لا يقع بكلام زيد حتى تدخل الدار لم يقبل الشرط الثاني وتعلق
الطلاق بوجود الشرط الاول والحال الثانية ان يقول اردت بقولي انت
شريكتها اني متى وطئت الاولى فقد طلقت مع الثانية فهذا يكون مولياً
من الاولى على ما كان عليه قبل تشريكه الثانية لها وتطلق الثانية
ولا يكون مولياً منها لانه علق طلاقها بوطء الاولى لا بوطئها والحال الثالثة

ان يقول اردت بقولي وانت شريكتها اني متى وطئت الاولى والثانية فهما طالقتان
فقد زاد بهذا شرطاً ثانياً في طلاق الاولى فلم يثبت وكان طلاقها معلقاً بالشرط الاول
وهو وطئها والشرط الثاني وهو وطء الثانية لغو في طلاق الاولى ثم قد علق
طلاق الثانية بشرطين احدهما وطء الاولى والثاني وطء الثانية فلا يكون مولياً
من الثانية ما لم يطأ الاولى لانه لا يقدر على وطء الثانية الا بوقوع طلاقها فاذا
وطئ الاولى صار حينئذ مولياً من الثانية لانه متى وطئها طلقت والحال الرابعة
ان يقول اردت بقولي وانت شريكتها اني متى وطئتك فانت طالق كما اني متى وطئت
الاولى فانت طالق فهذا يكون مولياً من الثانية لانه متى وطئها وحدها طلقت
والفرق بين ان تجعلها شريكتها في هذه الحال الرابعة فيكون مولياً اذا كانت اليمين
بالطلاق ولا يكون بها مولياً اذا كانت اليمين بالله تعالى ما قدمناه من ان الشركة
كناية ينعقد به اليمين بالطلاق ولا ينعقد به اليمين بالله تعالى مسألة قال
الشافعي ولو قال ان قربتك فانت زانية فليس بمول وان قذفها فليس بقاذف الا
ان يقذف بصريح وانما لم يكن هنا مولياً لانه يقدر على اصابتها من غير التزام شيء وانما
يلزمه شيء لانه علق اصابتها بقذف وليس بقذف ولا حد فيه وانما لم يكن قذفا
لثلاثة معان احدها انه جعل وطئها لها زنا وهو يطؤها بعقد نكاح فلا يجوز ان
يصير زنا بجعله ذلك فصار كقوله لها الناس زناة فلا يكون قذفا ولا يوجب
حداً لتحقق كذبه والثاني ان القذف بالزنا اخبار عن فعل ماض وهو
معلق بفعل مستقبل فلم يكن قذفاً كما لو قال ان دخلت الدار فانت زانية لم يكن قذفا
والثالث ان القذف ما كان مطلقاً وهذا معلق بصفة فلم يصر بوجود الصفة قذفاً
كما لو قال ان كلمت زيداً فانت زانية لم يكن قذفا وان كلمته فصار [illegible] هذا القذف
يمنع من وجوب الحد وسقوط الحد يمنع من دخول الضرر عليه بالوطء ومنع الضرر
بالوطء يخرجه من الايلاء مسألة قال الشافعي ولو قال ان [illegible] الله لا اصيبك

سنة الا مرة واحدة لم يكن موليا فان وطي وقد بقي من السنة اكثر من اربعة اشهر
فهو مولي وان كان اقل من ذلك فليس بمولي وهذا كما قال اذا قال والله لا
اصبتك سنة الا مرة واحدة فقد ذكر مدته سنة واستثنى منها وطي مرة واحدة
فمذهب الشافعي في الجديد المشهور من قوله في القديم انه لا يكون موليا
لان المولي من لا يقدر على الوطي الا بحنث وهذا يقدر على وطي تلك المرة بغير
حنث فلم يكن في الحال موليا وقال في القديم يكون موليا في الحال وبه قال
مالك وخرجه ابو اسحق المروزي وابو علي بن ابي هريرة قولا ثانيا انه يكون في الحال
موليا وتعليله ان المولي من يدخل عليه بالوطي ضرر وهذا قد دخل عليه
بالوطي الاول ضرر لانه يصير به موليا والايلا ضرر فكان ما ادى اليه ضررا
فلذلك صار به موليا وهذا فاسد من وجهين احدهما ان المولي من امتنع من
الوطي بيمين وليس عليه في وطي هذه المرة يمين فلم يكن موليا واما في ادخر الايلا
التام فانه يلزم وهذا ليس يلزمه بالوطي الاول شي فلذلك لم يلزمه ان يكون موليا
واذا كان هكذا انظر فان لم يطا حتى مضت السنة سقطت اليمين ولم يبق عليه
علي في السنة مطالبة وان وطي في السنة مرة لم يحنث لانه مستثنى من يمينه وصار
الحنث معلقا بالوطي في بقية السنة واذا كان كذلك نظرت في باقي السنة فان كان
اربعة اشهر فما دون لم يكن موليا وان كان نحو اقل القصور عن مدة الايلا وان
كان الباقي منها اكثر من اربعة اشهر صار موليا يضرب له مدة الايلا لان زمان
الحنث متسع لمدة الوقف فعلى هذا لو قال والله لا اصبتك سنة الا مرتين فعلى ما
حكيناه من قوله في القديم يكون موليا في الحال وعلى قوله في الجديد وهو
الصحيح انه لا يكون في الحال موليا لانه استثنى من مدة يمينه وطي مرتين
فهو يقدر على الوطي في الحال بغير حنث فاذا وطي مرة لم يحنث ولا يصير بها
موليا لانه قد بقي من استثنا به وطي مرة اخرى فاذا وطي المرة الثانية وبقي

من السنة بقية وقع الحنث به وان وطي بعدها نظر في بقية السنة وان كان اكثر من
اربعة اشهر صار موليا وان كان اقل لم يكن موليا وان كان نحو القا

مسألة
قال الشافعي ولو قال ان اصبتك فوالله لا اصبتك لم يكن موليا حتى يصيبها فيكون موليا
وهذه المسألة والتي قبلها في انه استثنى من يمينه وطي مرة وتخالفها في ان تلك
مقدرة بسنة وهذه مطلقة على الابد واذا قال ان وطئتك فوالله لا وطئتك
فهو كقوله والله لا وطئتك الا مرة فمذهب الشافعي في الجديد لا يكون في الحال
موليا لانه يقدر على وطئها في الحال من غير حنث وعلى قوله في القديم وهو مذهب مالك
يكون في الحال موليا لانه يستضر بوطئه في الحال لانعقاد الايلا به وقد ابطلناه
بما ذكرنا من الوجهين في المسألة الاولى واذا كان هكذا وصح به ما ذكرنا من قوله
في الجديد لم يكن في الحال موليا ما لم يطا ولا يستحق عليه المطالبة وان تطاول به
الزمان لخروجه عن حكم الايلا فاذا وطي مرة صار حينئذ موليا على الاطلاق لان
زمان يمينه مؤبد غير مقدر بخلاف المسألة الاولى في وقت صار مه الا ولا والله اعلم

مسألة ولو قال والله لا اقربك الى يوم القيامة او حتى يخرج الدجال او حتى
ينزل عيسى او يقدم فلان او حتى اموت او تموتي او تفطمي ابنك كان مضت اربعة
اشهر قبل ان يكون شي مما حلف عليه كان موليا وقال في موضع اخر حتى تفطمي ولدك
لا يكون موليا لانها قد تفطمه قبل الاربعة اشهر الا ان يريد اكثر من ذلك
قال المزني هذا اولى بقوله الفصل قد تقدم ما قدمناه من احوال الايلا
انه لا يكون موليا الا ان يزيد مدة الايلا على اربعة اشهر واذا كان كذلك لم يخل
مدة الايلا من ثلثة اقسام احدها ان تكون مطلقة والثاني ان تكون مقدرة
بزمان والثالث ان تكون معلقة بشرط فاما القسم الاول وهو المدة المطلقة
فهو ان يقول والله لا اصبتك ما طلاقا يقتضي الابد فهو كقوله والله لا وطئتك
ابدا وان لم يلفظ بالابد لانها مطلقا يقتضي الابد فهو مول وبما واما القسم الثاني المقدر بالزمان فهو

والله لا اصبتك الى سنة كذا او الى شهر كذا او الى يوم كذا فيستوعب هذا الزمان
فان زاد على اربعة اشهر كان موليا وان تقدر باربعة اشهر فما دون
لم يكن موليا واما القسم الثالث وهو المعلق على شرط فهو على ثلاثة اقسام
احدها ما كان به موليا في الظاهر والباطن لاستحالته وهو كقوله والله
لا اصبتك حتى تصعدي السما او حتى تنالي الثريا او حتى تعدي رمل عالج او حتى تنقلي
جبل ابي قبيس او حتى تشربي ما البحر وما اشبه ذلك فيكون موليا لاستحالة وجود
هذه الشرائط فما ذكرها الا تعذرا وما زال الا ابلا معها موصلا والقسم الثاني ما
ما كان به موليا في الظاهر والباطن للقطع والاحتياط فانه سيكون بعد اكثر
من اربعة اشهر كقوله والله لا اصبتك حتى تقوم القيامة فهذا مولي في الظاهر
والباطن لانه قد تقدم القيامة اشراط قد رؤيت تجزا اذا لم ترى شرائطها
على يقين من تاخرها عن اربعة اشهر والقسم الثالث ما كان به موليا في الباطن
كقوله والله لا اصبتك حتى ينزل عيسى بن مريم او حتى يظهر الرجال او حتى
يخرج ياجوج وماجوج او حتى تطلع الشمس من مغربها الى ما جرى هذا
المجرى من اشراط الساعة التي الاغلب تاخرها عن سنة الايلا وان جاز
في الممكن تقدمها لذلك جعلناه بها موليا في الظاهر دون الباطن والزمناه بها
حكم المولي في الباطن والظاهر ومن اصحابنا من جعل اشراط الساعة كلها
في انه يكون بها موليا في الظاهر والباطن لان لها امارات متقدمة
كالقيامة تاخر قبل وجودها عن مدة التربص والاصلاح من اطلاق هذين والرابع
ان يقال ما صحت به اخبار الانبيا انها تترتب فيكون بعضها دون بعض كنزول
عيسى بن مريم يكون من بعد ظهور الرجال كان الايلا الى نزول عيسى ابن مريم
ظاهرا او باطنا والايلا الى ظهور الرجال ظاهرا دون الباطن لجواز ظهوره
قبل اربعة اشهر وما لم يترتب منها فهو به مولي في الظاهر دون الباطن

وهكذا من الخلاف الذي لا يفيد ان توجب الايلا بينهما لا يختلف واما اذا قال
والله لا اصبتك حتى يموت او تموتي فهو ما لم يمت به موليا في الظاهر لجواز موتهما
ذاك
قبل مدة التربص وانما صار مع جواز الموت قبل المدة موليا في الظاهر
لعلتين احدهما ان الظاهر بقاؤهما الى مدة التربص وان جاز موته قبلها فحكم
بالظاهر والعلة الثانية انهما لو اطلقا على الابد لتقدرت مدة حياتهما فعلى
هذين التعليلين لو قال والله لا اصبتك حتى يموت زيد فان كان زيد مريضا مرضا مخوفا
لم يكن به موليا لان الظاهر من حاله موته قبل مدة التربص وصار ان الموت
حدوث الخوف وان كان زيد صحيحا او به مرض غير مخوف فعلى التعليل الاول
يكون به موليا في الظاهر دون الباطن اعتبارا بالظاهر في بقائه الى مدة التربص وعلى
التعليل الثاني لا يكون به موليا لا في الظاهر ولا في الباطن لتردد حاله بين الموت
والبقا وان ابلا الزوجين لو كان مطلقا لم يتقيد بموته وحمله على التعليل الاول اصح
لانه لو قال ان اصبتك فعبدي حر كان موليا في الظاهر وان جاز ان يموت عبده او يبيعه
قبل مدة التربص فلا يكون موليا لان علينا حكم الظاهر مع جواز خلافه والقسم
الرابع ما احلف على باحلال او حال الشرط كقوله والله لا اصبتك حتى يقدم
زيد فينظر غيبة زيد وان كان مكان مسافته اقل لم يكن موليا لجواز قدومه
قبل مدة التربص سوا قد تقبلها ام لا وان لم يعلم غيبة زيد لم يكن به موليا
ايضا لجواز تقدمه قبل المدة وكقوله والله لا اصبتك حتى تحبلي فلها في الحبل احوال
احدها ان يكون من الحبور ان تحبل قبل مدة التربص لصغرها واياسها فيكون
بذلك موليا والحال الثانية ان يجوز ان يكون ممن تحبل في الحال لكونها بالغة
من ذوات الاقرا فلا يكون بذلك موليا لامكان حبلها وتساوي الامرين فيه
والحال الثالثة ان يكون مراهقة يجوز ان يتعجل لها بلوغها فتحبل ويجوز ان يتاخر
بلوغها فلا تحبل قال ابو حامد الاسفرايني رحمه الله يكون بذلك موليا

ان الظاهر تاخر البلوغ وتاخره مانع من الحمل والاصح عندي انه لا يكون
موليا لان بلوغ المراهقة ممكن كما ان حبل البالغة ممكن ولكن احد الامرين
اغلب من الاخر واذا امكن بلوغها امكن حبلها والقسم الخامس ما يختلف باختلاف
ارادته كقوله والله لا اصبتك حتى تفطمي ولدك فان اراد به قطع الرضاع لم يكن
موليا لانه يمكنها قطعه في الحال وان اراد به مدة رضاع الحولين نظرت
الباقي منهما فان كان اكثر من اربعة اشهر كان موليا وان كان اقل لم يكن موليا
ومن اصحابنا من جعل هذا من القسم الرابع الذي يختلف باختلاف حاله لا بارادته
فقال ان كان الولد طفلا لا يجوز قطع رضاعه قبل اربعة اشهر كان به موليا
وان كان مستغنيا يجوز قطع رضاعه قبل اربعة اشهر لم يكن به موليا والاول
اصح وهو قول ابن سريج والاكثرين من اصحابنا لان قطعها الرضاع ممكن قبل منع
منه الشرع والايلا متعلق بامكان الفعل لا بجوازه في الشرع وعلى هذا
الحلال لو علقه بما يمكن فعله لم يجز يمنع الشرع منه كقوله والله لا اطؤك
حتى تقتلي اخاك لم يكن موليا على قول ابي العباس لانها تقدر على قتله
في الحال وكان موليا على قول من خالفه لان الشرع منعها من قتله ومن هذا
القسم ان يقول والله لا اصبتك حتى تخرجي الى الحج فان اراد زمان الخروج المعهود
كان به موليا اذا بقي اليه اكثر من اربعة اشهر وان اراد به فعلها للخروج
لم يكن به موليا لانه يمكنها الخروج قبل المدة والقسم السادس ما يختلف باختلاف
زمانه كقوله والله لا اصبتك حتى يسقط الثلج او يجمد الما وان كان هذا
في الشتا وزمان البرد لم يكن به موليا لامكانه في الحال وان كان في الصيف وزمان
الحر نظر فان كان في اخره والباقي منه الى الشتا اقل من اربعة اشهر لم يكن
موليا وان كان في اوله والباقي منه الى الشتا اكثر من اربعة اشهر
كان موليا ولو قال والله لا اصبتك حتى يجي المطر فمن اصحابنا من جعله
في اول الصيف كالثلج يكون به موليا لتعذره في الاغلب ومن اصحابنا

من قال لا يكون به موليا وفرق بينه وبين الثلج بان المطر قد يجي في الصيف
والثلج لا يجي في الصيف فاما البلاد التي يعهد فيها المطر صيفا وشتا كبغداد
وطبرستان فلا يكون به موليا فيها لا يختلف اصحابنا فيه والقسم السابع ما لا
يكون به موليا ولو قال والله لا اصبتك حتى يبرا هذا المريض او حتى يمرض هذا
الصحيح او يقدم الغايب او حتى يطلق فلان زوجته او يعتق عبده فلا يكون به
موليا لامكان حدوثه وتقدمه في مدة التربص كامكان تاخره عنه وهكذا لو
قال لا اصبتك حتى تلبسي هذا الثوب او تدخلي هذه الدار او حتى اخرج من هذا
البلد لم يكن موليا لامكان فعل ذلك كله في الحال ولا يلزمه اخراجها من البلد
ليكون ممنوعا من وطئها لانه لم يصر موليا لم يلزمه وطيها ولم يطالب [illegible]
والقسم الثامن ما لا يكون به موليا لكونه قبل اربعة اشهر كقوله والله لا اصبتك
حتى تلد هذه الحبلى او حتى يختم هذا الصبي او حتى يحصد هذا الزرع او
حتى ينضج هذه الفواكه فلا يكون بذلك موليا لوجود هذا كله في اقصر من مدة
الايلا واما المزني فانه جمع بين سبع مسايل ورأى ان الشافعي قد خالف في جواب
بعضها ما تكلم عليه واصل اختلاف جوابه لاختلاف قوله وانما هو لاختلاف الاحوال
على ما بيناه في نظام الولد وتقدم الغايب والله اعلم مسئلة قال الشافعي
والله لا اقربك ان شئت فشاءت في المجلس فهو مولي اعلم ان تعليق الايلا بمشيتها
على اربعة اقسام احدها ان يقول والله لا اقربك ان شئت ان لا اقربك
فتكون مشيتها ان لا يقربها شرطا في الايلا منها فان شاءت ان لا يقربها انعقد
الايلا وان لم تشا لم ينعقد والقسم الثاني ان يقول والله لا اقربك ان شئت ان
اقربك فتكون مشيتها ان يقربها شرطا في انعقاد الايلا منها وان لم تشا
لم ينعقد خلاف القسم الاول والقسم الثالث ان يقول والله لا اقربك ان شئت
فتكون مشيتها ان لا يقربها شرطا والا تكون مشيتها ان يقربها شرطا

وانما حملناه على ذلك مع الاطلاق لان من حكم الشرط ان يكون وقوع المشروط
الذي حلف عليه وهو حلفه ان لا يقربها موجبا ان يكون مشيئتها ان
لا يقربها والقسم الرابع ان يقول والله لا اقربك الا ان تشائي فيكون مشيئتها
ان لا يقربها شرطا في رفع الايلاء بعد انعقاده خلاف ما تقدم فان شاءت
لم ينعقد وان لم تشأ انعقد لان قوله والله لا اقربك اثبات وقوله الا ان تشائي نفي
فصار نفيا للايلاء بعد ثبوته بشرط وسقط به بحصول الشرط **فصل** فاذا تقرر ما
وصفنا من احكام الاقسام الاربعة انتقلنا الى الكلام في صفة مشيئتها المعتبرة ان يكون على التراخي
كالمعلق على طلاقها بمشيئتها لانها نوع من التمليك وهذا بلغاته حكم العقد او حكم المجلس على
وجهين مضيا في كتاب الطلاق احدهما ان اعطى حكم العقود فعلى هذا يحتاج ان يكون مشيئتها
جوابا في الحال كالقبول في العقود وان تمادى زمانا وان قل او تخللهما كلام بطلت
ولم يتعلق به حكم والوجه الثاني يعطى بها حكم المجلس وان شاءت قبل الافتراق صحت مشيئتها
وثبت حكمها وان شاءت بعد الافتراق صحت مشيئتها وثبت حكمها ولو شاءت بعد الافتراق فلا
حكم لمشيئتها وان قيل فهلا كان تعليق الايلاء بمشيئتها رضى منه باسقاط حقها من المطالبة
كتعليق الطلاق في المرض بمشيئتها رضى منها في اسقاط حقها من الميراث قيل الفرق
بينهما ان المطالبة بحكم الايلاء لا تثبت الا بالايلاء فلم يكن رضاها بالايلاء مسقطا
لحقها والميراث يسقط بالطلاق فجاز ان يكون رضاها بالطلاق مسقطا لحقها من
الميراث **فصل** ولو قال والله لا اقربك ان شاء زيد فلا يعتبر الفور في مشيئة
زيد حالا ومشيئتها انه اذا علق ذلك بمشيئتها فانه علقه بمن هو طرف في العقد واذا
علقه بمشيئة غيرها لم يكن فيه تمليك كان اعتبار العقود فيه قال زيد يدل تشبيه على العقد
او التراخي فعقد الايلاء وان قال لست اشاء لم ينعقد وان مات ولم يعلم مشيئته
لم ينعقد لان الاصل ان لا مشيئة والله اعلم **مسألة** قال الشافعي
والايلاء في الغضب والرضا سواء كما يكون اليمين في الغضب والرضا سواء

وقد اورد الله الايلاء مطلقا والايلاء في الغضب والرضا سواء وبه قال ابو حنيفة
وقال مالك لا يكون موليا الا في الغضب دون الرضا وذكر نحوه عن علي ابن ابي
طالب وابن عباس الا ان يقصد الاضرار انما يكون في الغضب فكان الغضب فيه
شرطا وهذا فاسد لعموم قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر
ولم يفرق ولانها يمين بالله تعالى فاستوى فيها حال الغضب والرضى كسائر
الايمان ولان كل حال انعقدت فيها اليمين في غير الايلاء انعقدت فيها يمين الايلاء
كالغضب واما قصد الاضرار فليس بمعتبر وانما يعتبر وجوده وقصده وقد يوجد
في الرضى كوجوده في الغضب وان لم يقصده **مسألة** قال الشافعي ولو قال
لا اقربك حتى اخرجك من هذا البلد لم يكن موليا لانه يقدر على ان يخرجها فيكون
ايضا ان يعمل الشهر والخبر على اخراجها وقد ذكرنا هذه المسألة فيما تقدم من
التقسيم فاذا حلف ان لا يقربها حتى يخرجها من البلد لم يكن موليا لانه لا يقدر على
اخراجها متى شاء ويقربها من غير حنث فصار كقوله لا اقربك في هذه الدار فلا يكون
موليا لانه يقدر على اخراجها واصابتها من غير حنث وان قيل فهلا كان موليا
وان قدر على اخراجها كالواطئ يعتق عبده ان لا يقربها كان موليا وان قدر على بيع
عبده ولا يعتق بوطيها فلم يستفد الا ان يشاء ذلك الظاهر من الاحوال انها ولهذا لا يستفاد
في بيعها ضرورة من تمليك الغير لها انه وفيه استرجاعها مضرة وصار
الضرر متوجها اليه في بيع العبد هو وجهه في عتقه وليس كذلك اخراجها من البلد
انه لا ضرر عليه وربما كان فيه نزهة وفي اخراجها الى الظاهر الى الدوام فافترقا
ولو قال لا اقربك حتى اخرج الى بلد كذا وان كان البلد الذي حلف ان يخرجها اليه على
مسافة اكثر من اربعة اشهر كان موليا وان كان على اقل من ذلك لم يكن موليا ولو قال
لا اقربك حتى اهب عبدي كان موليا لان هبته احداث ضرر عليه فصار كقوله
لا اقربك حتى اعتق عبدي كان موليا لانه الضرر في الحالين وان كانت الصياغة اعدم

الثوب منها ولو قال لا اقربكن حتى ابيع عبدي ففي ايلائه وجهان احدهما انه يكون
موليا لتعلق ذلك من مال يلحقه عند تصاريف البيع سعة دار خلا عليه والوجه
الثاني لا يكون موليا لان الثمن الذي في مقابلته يمنع من دخول ضرر عليه وربما
وجد فيه اكثر من ثمنه ولو قيل ان كان هذا العبد للتجارة لم يكن موليا ببيعه
وان كان للقنية كان موليا ببيعه كان له وجه لان بيع مال التجارة مقصود وبيع
القنية مقصود فيكون ذلك وجه ثالث والله اعلم

باب الايلاء من نسوة

قال الشافعي واذا قال لاربع نسوة له والله لا اقربكن فهو مول منهن كلهن
يوقف لكل واحدة منهن فاذا اصاب واحدة او اثنتين خرجتا من حكم الايلاء
ويوقف للباقيتين حتى يفي او يطلق والحنث عليه حتى يصيب الاربع اللاتي
حلف عليهن كلهن ولو طلق ثلاثا منهن كان موليا في الباقية لانه لو جامعها
والاوائل طلق حنث ولو ماتت واحدة منهن سقط عنه الايلاء لانه لا يجامع
البواقي والحنث قال المزني احلف قوله ان يكون بين معناه اجماع بل حلف
فهو بها مول وقد زعم انه مولي من الرابعة ولو وطيها اختنت فكيف يكون
منها موليا الفصل اصل هذا الباب ان من حلف على جملة لم يحنث
بتفصيلها فاذا قال لاربع زوجات له والله لا اصبتكن لم يحنث باصابة واحدة
او اثنتين او ثلث حتى يصيب الاربع كلهن كما لو قال والله لا كلمت هاولا الا
انفس لم يحنث بكلام واحد والاثنين ولا بكلام ثلثه حتى يكلم الاربعة منهم
كلهم فيحنث واذا كان كذلك فالايلاء متوجه الى جميعهن ولا يتعين في واحدة
بعينها منهن يطي من سواها فاذا كانت واحدة منهن تطالب بحكم الايلاء لم يكن
ذلك لها لانه يقدر على وطيها ولا يحنث فان وطيها خرجت من حكم الايلاء
فان كانت الثانية مطالبة لم يكن لها لانه يقدر على وطيها ولا يحنث فان وطيها

خرجت من حكم الايلا فان كانت الثالثة مطالبة لم يكن لها لانه يقدر على وطيها
ولا يحنث فان وطيها خرجت من حكم الايلا وتعين الايلا حينيذ في الرابعة
وكان لها المطالبة لانه متى وطيها حنث واول مدة الوقف لها من بعد
ان تعين الايلا فيها ان كان ... وفيا للحنث فيكون وقت الوقف فاذا انقضت مدة
الوقف وطولب بالفية او الطلاق فان فا حنث وكفر وطلق بعد ما مضى من خروجه
من حكم الايلا وعوده اليه تراجع هذا فقه المسئلة فصل واما ما نقله المزني
بقوله فهو مول منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن فان لاصحابنا احدهما معناه فهو حالف على الامتناع
من وطيهن كلهن ولم يرد ان الايلا يتعين في كل واحدة منهن وانما جرى هذا على مذهبه
في القديم ان ما قرب من الايلا كان به موليا وقد خرجه ابن ابي هريرة هاهنا
قولا في القديم ثانيا والتاويل الثاني معناه فهو مول منهن كلهن في الجملة ولا يتعين
الا في واحدة منهن يطي من سواها وقوله يوقف لكل واحدة منها فيه لاصحابنا
تاويلان احدهما معناه ان كل واحدة منهن محل للوقف لها لانه يجوز ان يتعين
الايلا فيها والتاويل الثاني معناه فهو مول منهن كلهن في الجملة والاصح ان لا
في واحدة منهن يطي من سواها وقوله يوقف لكل واحدة منهن فيه لاصحابنا
تاويلان ايضا احدهما معناه ان كل واحدة منهن محل للوقف لها لانه يجوز ان
يتعين الايلا فيها والتاويل الثاني معناه انه يوقف لكل واحدة منهن ان
تعين الايلا فيها وقوله فاذا اصاب واحدة او اثنتين خرجتا من حكم الايلا ويوقف
للباقيتين حتى يفي او يطلق يخرج للموطوءتين من الايلا صحيح واما قوله يوقف للباقيتين
فهو محمول على التاويلين المتقدمين احدهما معناه انه يوقف لكل واحدة منهما ان يعين
الايلا فيها يطي الاخرى فيما ذكرناه من هذا التاويل يمنع اعتراض المزني
عليه ... فصل فاذا ثبت ما ذكرنا من الايلا في الاربع
وتعين احداهن ان طلق بعض الاربع لم يسقط حكم الايلا في من لم يطلقها منهن
فان طلق منهن ثلثا خرجن من حكم الايلا بالطلاق وبقي حكم الايلا في الرابعة

في الرابعة لا ينعقد فيها لانه نعقد على وطيها والحنث ولا يسقط الايلا فيها
لانه يطالب الثلث المطلقات بنكاح او سفاح يعني الايلا في الرابعة لانه حنث
بوطيها وقد وقع الحنث بالوطي المحظور كما يقع بالوطي المباح قال الشافعي في كتاب
الام ولو قال لامراته والله لا وطئتك وعلامة الاجنبية لم يكن موليا من امراته حتى
يطا الاجنبية فيصير موليا من امراته والفرع الثاني ان يموت من الاربعة
واحدة فيسقط الايلا من الثلث الباقيات لانه لا يحنث بوطيهن لان الوطي بالميتة
منهن فاسقط الشافعي الايلا بالموت ولم يسقطه بالطلاق لان وطي المطلقة لم
يقع ووطي الميتة قد فات فان قيل فقد يطا الميتة كما يطا المطلقة وهما
وطيان محرمان فلم اجريتم حكم الوطي على احدهما وسلبتموه عن الاخر قلنا لان مطلق
عرف الوطي يتعين عن وطي الميتة لانه لو حلف لا يطا زوجته فوطيها بعد موتها
قالا هنا لم يحنث ويتعين عنه احكام الوطي من الاحصان وكمال المهر وتحريم المصاهرة
وان وجب الغسل وليس كذلك وطي الحية لان مطلق الاسم عرفا ينطلق على وطيها
فاما الطلاق فيصح وطيها بنكاح وسفاح فاما قول الشافعي في الفرع الاول
ولو طلق منهن ثلثا كان موليا في الباقية فهو محمول على ما قدمناه من التاويلين
احدهما يعني اذا ماتت الباقية يحل الايلا والثاني يعني ما طلق موليا في الباقية
ان جامع من طلقها وقد بين ذلك بقوله لانه لو جامعها والاتي طلق حنث
فيبطل بهذا التاويل اعتراض المزني على ظاهر كلامه لان المزني تكلم على معنى
الشافعي وظاهر كلامه لا يعتصمه وانما يقتضيه اصوله وتعليله
مسئلة قال الشافعي ولو كان قال والله لا
تم وطيتها او لم ادري الله اعلم
اصبت واحدة منكن وهو يريد هن كلهن فهو مولي يوقف لهن فاي واحدة
اصاب منهن خرج من حكم الايلا في البواقي لانه حنث باصابة الواحدة
واذا حنث مرة لم يعد الحنث عليه بالايلا فانه وهذه المسئلة خلاف
التي قبلها وصورتها ان يقول للاربع من نسائه والله لا اصبت واحدة
منكن وهو يريد هن كلهن ولا يعني احداهن فهو من وقت اليمين مول

من كل واحدة منهن لان ايتهن وطي حنث بوطيها ثم قال الشافعي والله لا
اطوك واحدة منكن حنث بكلام ايهم كلم وادا احين عاد كل واحدة منهم في الابتدا
حكم الايلا ولمنهن جاءت مطالبة وقف لها من وقت يمينه فادا مضت مدة الوقف
طولب بالفيئة او الطلاق فان طلق ثم جاءت ثانية وقف لها فادا مضت مدة
الوقف طولب بالفيئة او الطلاق فان طلق ثم جاءت الرابعة وقف لها فاذا امضت
مدة الوقف طولب بالفيئة او الطلاق فيصير الزوج بامتناعه من وطي واحدة
منهن موليا من كل واحدة منهن يوقف لها على الفيئة او الطلاق وان كانت الاولى
عند مطالبتها بالفيئة او الطلاق لم يطلقها ولكن فاء منها ووطيها حنث وسقط
حكم الايلا منهن كلهن لانه لا يحنث بوطيهن بعد حنثه بوطي الاولى ولو طلق الاولى عند
انقضاء مدة الوقف ووطي الثانية سقط الايلا منه في الثالثة والرابعة ولو وطي
الثالثة سقط الايلا في الرابعة وحدها
فصل ولو قال والله لا وطيت
واحدة منكن وهو يريد احداهن بعينها كانت هي المولى منها دون من سواها
فيرجع الى بيانه في التي عينها بالايلا فان صدقه الباقيات على ذلك والا مين عليه
وان اكذبته حلف لهن فان نكل عن اليمين لمن طلقت وجب حكم الايلا فيهن باعترافه
بعد نكوله
فصل ولو قال والله لا وطيت واحدة منكن وهو يريد
واحدة لا بعينها كان له ان يعين الايلا فيمن شا منهن فان وقف عن التعيين اجبر
عليه اذا طلبن ذلك لما في التعيين من حق المعينة في الايلا فان تنازعن فيه
اعتبر اختيار زوجهن لانه موقوف على اختياره كالطلاق اذا اوقعه على واحدة منهن
لا بعينها كان له ان يعينه فيمن شا على اختياره فاذا عين الايلا فيمن شا منهن خرج
الباقيات من حكم الايلا ووقف للمعينة وفي ابتدا زمان الوقف وجهان احدهما
من وقت اليمين والثاني من وقت التعيين كالعدة في الطلاق المبهم اذا عين
فصل ولو قال والله لا اصبتكن واحدة منكن فهو مولي منهن كلهن

ومن كل واحده منهن فانهن وطيها بعد الوقف حنث ولم يسقط حكم الايلا فيمن
عداها لانه حنث بوطي كل واحده منهن واول زمان الوقف من وقت
اليمين والله التوفيق

باب من يجب عليه التوقف في الايلا

فان ابى فلا يعرض للولي ولا للمراه حتى تطلب الوقف بعد اربعه
اشهر فاما ان يفي او يطلق من معنى الكلام في شروط الايلا واما الحاجه فهو
ان ينظر به مده التربص التي جعلها الله تعالى له وهي اربعه اشهر لا
مطالبه عليه فيها بشي لان الله تعالى انظره فيها فصار كالانظار باجال
الديون لا يجوز المطالبه بها قبل انقضائها واول وقت التربص من وقت
الايلا من وقت المحاكمه بخلاف اجل العنه الذي يكون اوله من وقت
المحاكمه والفرق بينهما من وجهين احدهما ان مده الايلا مقدره بالنص
فلم يفتقر الى الحكم ومده العنه مقدره بالاجتهاد فافتقرت الى الحكم والثاني
ان الايلا متعين حالها اول مدته من وقت وجوده والعنه مظنونه فكان اول
مدتها من وقت التحاكم فيها فاذا انقضت مده التربص وهي اربعه اشهر استحقت
الزوجه المطالبه الا انه لا اعتراض عليها في ذلك لانه حق لها من حقوقها
المحضه توقف على خيارها فان طالبت ومطالبتها اما ان تقول بين ان تفي
واما ان تقول اخرج الي من حقي فاذا طالبت باحد هذين الامرين قيل للزوج
قد خيرك الله بين امرين اما الفيه او الطلاق ويجوز ان يقول له ذلك حاكم
وغير حاكم لان هذا الحكم ماخوذ من النص فلم يفتقر الى الحاكم الا ان الذي يجبر
عليهما هو الحاكم لانه هو الذي يجبر على تادية الحقوق وان فا فحكم الفيه
ما مضى وان طلق فحكم الطلاق ما مضى وان ابا ان يفعل احدهما ففي ذلك قولان احدهما
يحبس حتى يفي او يطلق والثاني يطلق الحاكم عليه **مسأله**
قال الشافعي رضي الله عنه

ولو عفت ثم طلبته كان ذلك لها لانها تركت ما يجب لها في حال دون حال
اذا عفت الزوجه عن المطالبه بحقها من الايلا بعد انقضا المده صح عفوها
عن حقها وهو ما كان ماخوذا به من الفيه او الطلاق ولم يوثر العفو في حكم اليمين
لان الحنث فيها ماخوذ به في حق الله تعالى لا يسقط بعفوها ولكن يخالف
لمن يقول ان يحنث فيه اليوم حكم حنثه فان عادت بعد العفو فطالبته بحكم
الايلا كان ذلك لها ولم يكن عفوها مسقطا لحقها على الابد وانما كان ذلك لها لما اشار
اليه الشافعي وهو ان الايلا يتضمن اضرار الزوجه بمنع من اصابتها
بيمينه وهذا الضرر يتجدد مع الاوقات فاذا عفت عنه كان عفوها اسقاطا
لحقها من الضرر الماضي فسقط ولم يكن عفوا عن حقها في المستقبل لانه عفو
عما لم يجب وجرى ذلك مجرى عفوها عن النفقه يسقط حقها في الماضي ولا يسقط
حقها في المستقبل وخالف العنه التي تسقط بالعفو ولا يجوز العود في المطالبه
بها والفرق بينهما ان العنه عيب فكان العفو عنه اسقاطا يجري مجرى
سائر العيوب في النكاح من الجب والبرص والجنون التي تسقط بالعفو ولا
يجوز العود فيها وليس الايلا عيبا وانما هو ضرر يتجدد فجاز العفو عنه ثم كان
ولم يكن اسقاطا كالدين اذا انظر بالانظار جاز العود فيه فان قيل فهلا
كان العفو عن الايلا ابرا يجري مجرى الابرا من الدين الذي لا يجوز العود فيه
بعد الابرا منه قيل الفرق بينهما ان الابرا من الدين اسقاط الدين فلم يجز العود
فيه بعد سقوطه وليس العفو عن الايلا اسقاطا للحق فجاز العود فيه بعد العفو
لثبوته **فصل** فاذا صح جواز عودها في المطالبه بعد العفو اجزا
مده الوقف الماضي عن تجديد وقف مستانف بخلاف سقوط المطالبه بالطلاق
الذي يستانف الوقف فيه بالعده بعد الرجعه والفرق بينهما انها قد استوفت
حقها بالطلاق فاستونف له الوقف بعد الرجعه ولم تستوف حقها بالعفو
فلم يستانف له الوقف بعد المطالبه فلا توجه لمن منع من اصحابنا

من العفو والطلاق في استيناف الوقف فيما ذكرناه من الفرق بينهما والله اعلم

مسألة قال الشافعي وليس ذلك لسيد الامة ولا لولي المعتوهة وهذا صحيح لان المطالبة في الايلاء تختص بحقوق الاستمتاع وذلك مما تختص به الزوجة دون وليها وسيدها لانه موقوف على شهوتها واليد اذنها فاذا عفت عنه الزوجة صح عفوها وان كانت امة ولم يكن لسيدها المطالبة وان قيل فهلا استحق السيد المطالبة بالوطي لحقه في ملك الولد قيل لان الوطي المستحق في الايلا والعنة يكون بالتقاء الختانين دون الانزال وذلك مما لا يحدث عنه احبال فلم يتعلق للسيد به حق فاذا لو عفا السيد مع مطالبتها لم يؤثر عفو السيد في حقها من المطالبة وجرى ذلك مجرى الفسخ بالعيوب من الجنون والجذام والبرص تختص به دون سيدها فان عفت عنه لم يكن للسيد المطالبة وان طالبت به لم يكن للسيد العفو واما المعتوهة فلا يصح منها المطالبة بحقها في الايلاء لانه لا حكم لقولها لخلاف كلامه وليس لوليها المطالبة كما ليس لسيد الامة وان قيل فهلا كان لولي المعتوهة المطالبة بحقها من الايلاء لانه يستوفي حقوقها كالديون وخالف السيد لانه يستوفي بها حق نفسه لا حق امته قيل يستويان في حكم الايلا وان افترقا في المعنى لان حق الايلا مقصور على اختيارها الاستمتاع الموقوف على شهوتها وليس من حقوق الاموال التي يستوفيها الولي في حقها والسيد في حق نفسه

مسألة قال الشافعي ومن حلف على اربعة اشهر فلا ايلاء عليه لانها تنقضي وهو خارج من اليمين وهذا قد ذكرناه وان المولي من استحقت مطالبته بعد اربعة اشهر لم يستحق عليه المطالبة لانه يقدر على الاصابة من غير حنث والمولي من لا يقدر على الاصابة بعد الوقف الا بالحنث فخرج من حكم الايلا وصار ملتزما لحكم اليمين بغير الايلاء ان وطي حنث وان لم يطأ لم يحنث

مسألة قال الشافعي ولو حلف بطلاق امرأته ان لا يقرب امرأة له اخرى ثم بانت منه ثم نكحها فهو مولي قال المزني وقال في موضع آخر لو آلى منها ثم طلقها وانقضت

عدتها ثم نكحها نكاحا جديدا سقط عنه حكم الايلاء لانها صارت في حال لو طلقها لم يقع طلاقه عليها ولو كان ابتداء يمين المولي حتى تصير املك بنفسها منه ثم نكحها فيعود حكم الايلاء هاهنا بعد ثلاث وزوج لان اليمين قائمة بعينها لتعذر ان اصابها حنث اليمين قائمة قبل التزوج وهذا الظهار مثل الايلا

الفصل وصورتها في رجل له زوجتان حفصة وعمرة فقال يا حفصة ان وطئتك فعمرة طالق فهذا مولي من حفصة وحالف بطلاق عمرة فان احدث طلاق احدهما لم يخل من ان يطلق حفصة المولي عليها او يطلق عمرة المحلوف بطلاقها فان طلق حفصة المولي عليها ثم راجعها كان الايلاء منها بعد الرجعة باقيا وان لم يراجعها حتى انقضت العدة انقطع حكم الايلاء منها فان عاد فنكحها بعد ان اخرجها بعقد جديد نظر فان نكحها بعد زوج من طلاق ثلث فعلى قوله في الجديد كله واحد قوليه في القديم لا يعود الايلا وعلى القول الثاني في القديم يعود وان كان الطلاق اقل من ثلث فعلى قوله في القديم كله واحد قوليه في الجديد يعود الايلا وعلى القول الثاني في الجديد لا يعود وان شئت قلت فيه ثلثة اقاويل احدها يعود الايلا في الطلاقين والثاني لا يعود في الطلاقين والثالث يعود ان كان الطلاق دون الثلث ولا يعود ان كان ثلثا وهو قول ابي حنيفة كما يبنى عدد الطلاق في احد النكاحين على الاخر ان كان دون الثلث ولا يبنى عليه ان كان ثلثا وسوا قلنا ان الايلا يعود على هذه المطلقة او لا يعود عليها فاليمين بطلاق عمرة باقية لا تسقط لان اليمين بطلاقها يجوز ان يتعلق بوطي الاجنبية كما يجوز ان يتعلق بوطي الزوجة الا ترى لو قال لزوجته ان وطئت هذه الاجنبية فانت طالق ثم نكح الاجنبية ووطئها طلقت زوجته المحلوف بطلاقها

فصل واما ان طلق عمرة المحلوف بطلاقها فان كان طلاقا رجعيا فما كانت في عدتها فاليمين بطلاقها باقية لانه لو طلقها في العدة وقع

الطلاق بها كان اولى ان تنحل فيه اليمين بالطلاق فعلى هذا يكون الايلا من حفصة باقيا
في الوجهين لم ينقض عدة عمرة وان راجع عمرة في عدتها دامت اليمين بطلاقها باقية في حالتها
والايلا في حفصة باق فيهما لو وان لم يراجعها حتى انقضت عدتها من الطلاق الرجعي
او كان الطلاق بائنا بالثلاث او في خلع او لعدم دخول بها سقط حكم اليمين بطلاقها
لانها بحال لا يلحقها الطلاق لمنع ابانها واولى ان لا يلحقها صفة منعقدة
فعلى هذا سقط حكم الايلا في حفصة لانه يقدر على اصابتها ولا يستضر بطلاق
غيرها فان عاد فنكح عمرة المحلوف بطلاقها بعقد جديد نظرت فان نكحها بعد
ان وطي حفصة المولى منها في زمان بينونتها سقطت يمينه بطلاق عمرة لوجود الصفة
من غير حنث فلم تتعلق بوجودها من بعد ذلك حنث وان نكح عمرة المحلوف
بطلاقها قبل ان وطي حفصة المولى منها فهل يعود يمينه بطلاق عمرة في النكاح
الثاني ام لا ان كان الطلاق الاول ثلاثا فقوله في الجديد كله واحد قوليه
في القديم لا يعود وعلى القول الثاني في القديم يعود اليمين وان كان الطلاق
الاول دون الثلاث فعلى قوله في القديم كله واحد قوليه في الجديد تعود اليمين
وعلى القول الثاني في الجديد لا يعود وان قيل لم تعود اليمين لثبوته فيه
اقاويل احدها يعود اليمين في الطلاقين والقول الثاني لا تعود اليمين في الطلاق
والقول الثالث تعود اليمين ان كان الطلاق الاول اقل من ثلاث ولا تعود ان كان ثلاثا
فعلى هذا ان قلنا ان يمينه بطلاق عمرة تعود في نكاحها الثاني عاد الايلا
من حفصة لانه متى اصابها طلقت عمرة وان قيل فلم كان يعود الايلا في حفصة مقبلا
يعود الايلا في حفصة قلنا الايلا في حفصة الجوار يكون بعقود الوطي الاجنبية
والطلاق في عمرة عقد بوطي الاجنبية ٥ **مسئلة** قال الشافعي
ولو آلى من امراته الامة ثم اشتراها فخرجت من ملكه ثم تزوجها او العبد
من حرة ثم اشترته فعتق فتزوجته لم يعد الايلا لانفساخ النكاح

قال المزني هذا اشبه باصله القصد وهاتان مسئلتان يختلفا الصورة
متفقا المعنى واكثر احداهما في حر تزوج امة والى منها ثم اشتراها فبطل
بالشرا نكاحها ثم تزوجها بعد عتقها او بيعها هل يعود الايلا منها ام لا والثانية
في عبد تزوج حرة والى منها ثم اشترته فبطل النكاح بالشرا ثم عاد فتزوجها بعد
عتقه او بيعه هل يعود الايلا منها ام لا والجواب في عود الايلا فيهما مبني على
اختلاف اصحابنا في الفسخ بالملك هل يجري مجرى الطلاق الثلث او يجري مجرى
ما دون الثلث وفيه لهم وجهان احدهما وهو قول ابي اسحق المروزي انه يجري
مجرى الطلاق الثلث لان الفسخ قد رفع جميع احكام النكاح المتقدم كالطلاق
الثلث والوجه الثاني انه يجري مجرى ما دون الثلث من الطلاق لانه اذا
الطلقتا في النكاح الثاني بني على عود النكاح الاول لانها حلت له قبل زوج
الثلث فعلى هذا ان قلنا انه يكون كالطلاق الثلث لم يعد الايلا على قوله في الجديد كله
واحد قوليه في القديم وعاد على القول الثاني في القديم وان قلنا انه يكون كالطلاق
اذا كان اقل من الثلث فعلى هذا يعود الايلا على قوله في القديم كله وواحد قوليه
في الجديد ولا يعود على القول الثاني في الجديد **فصل** فاما المزني
فانه قال لا يعود الايلا في الطلاق والظهار في النكاح الثاني اذا كان معقودا
في النكاح الاول احتجاجا بامرين احدهما انه حكم يتعلق بعقد فاذا زال ذلك العقد
زال الحكم وهذا فاسد بعقد الطلاق يزول عقده ولا يزول حكمه ويكون في النكاح
الثاني معتبرا بالنكاح الاول والاحتجاج الثاني ان في العقد صارت في حال التي لو
آلى منها او وطئها لم يصح بذلك لا يصح ان يستدام فيها حكم الايلا والظهار وهذا
فاسد بالمجنون لانه لا يصح ان يبتدئ فيه الايلا والطلاق ويصح ان يستدام فيه
ما تقدم من الايلا والطلاق والله اعلم **مسئلة** قال الشافعي والايلا
من كل زوج والحر والعبد فيهما سواء لان الله خاطب الحر والعبد العبد سوا

الطلاق في

وهكذا لما قال المزني الوقت في الايلا مقدر باربعة اشهر مع الحر والعبد
في الحرة والامة وقال مالك وابو حنيفة يتنصف بالرق ثم اختلفا فقال مالك
يعتبر فيها الزوج دون الزوجة فتنتصف للعبد شهرين وان كانت زوجته حرة
وقال ابو حنيفة يعتبر فيها الزوجة دون الزوج فتنتصف للامة شهرين وان
كان زوجها حرا اما مالك فجعله معتبرا بالطلاق لانهما يوجبان الفرقة والعبد
يملك طلقتين مع الحرة والامة واما ابو حنيفة فجعله معتبرا بالعدة والعبد يملك
مع الحرة والامة واما ابو حنيفة لانها توقع البينونة والامة تعتد [illegible] العبد
والحر والدليل عليهما قول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر
ولم يفرق بين الحر والعبد مع الحرة والامة فكان على عمومه ولانها مدة
عقد النكاح لرفع الضرر الداخل في الاستمتاع فلم يختلف بالحرية والرق كالعنة
من الوقت يوجبان يستوي فيها الحر والعبد حيث الايمان وهذه دلالة
ولانه قصد تحريم الاستمتاع بلفظ كان طلاقا في الجاهلية فوجب ان يستوي فيها
الحر والعبد كالظهار واما اعتبار مالك بالطلاق فلا يصح لان الطلاق ازالة
ملك والحر والعبد يختلفان في الملك فاختلفا في ازالته ومدة الايلا موضوعة
لرفع الضرر لا لازالة الملك والضرر يستوي فيه الحر والعبد فاستويا في مدته
اثباته واما اعتبار ابو حنيفة بالعدة فلا يصح لان في العدة استبرا
وتعبدا فالاستبرا انفرد لاحد يشترك فيه الحرة والامة والقرآن الزائدان
تختلف فيه الحرة والامة كالحدود فاختصت الامة بنصفه وهو احد القرين
فصارت عدتها بعد ان استبرات قرئين ومدة الايلا موضوعة لما ذكرنا
من رفع الضرر الذي يستوي فيه الحرية والرق **مسله** قال
الشافعي ولو قالت قد انقضت اربعة اشهر وقال لم تنقض فالقول قوله
مع يمينه وعليها البينة وهكذا صحيح اذا اختلفا في انقضا

المدة فادعتها وانكرها فالقول قول الزوج مع يمينه في بقا المدة والمطالبة
عليه لثلاث معان احدها انا على يقين من بقائها وفي شك من انقضائها والثاني
انه مختلف في وقت الايلا وهو فعل الزوج فكان قوله فيه اثبت كما لو اختلفا في
اصله والثالث ان الاصل ثبوت النكاح وهي تدعي ما يخالفه من استحقاق الفرقة
مسله قال الشافعي ولو آلى من مطلقة يملك رجعتها كان موليا من حين راجعها
ولو لم يملك رجعتها لم يكن موليا وهذا صحيح وفي بعض النسخ ولو لم يراجعها
لم يكن موليا وكلا النقلين صحيح وهما مسلتان احدهما ان يولي من مطلقة يملك رجعتها
في العدة فالايلا منها في عدتها منعقد لان احكام النكاح جارية عليها في عدة الرجعة
من ثبوت الارث ووجوب النفقة ووقوع الطلاق والظهار وكذلك الايلا واذا انعقد
الايلا وبطل فان لم يراجع سقط حكم الايلا بالطلاق المتقدم عليه وان راجع استقر
الايلا واستحق المطالبة لان الرجعة قد رفعت ما تقدم من تحريم الطلاق
واذا استقر الايلا بالرجعة كان اول مدة الوقوف الرجعة لا من وقت الايلا وقال
ابو حنيفة اول المدة من وقت الايلا تبعا لاصله في ان الرجعة محرمة لامرين احدهما
ان مدة الايلا مضروبة في نكاح كامل لتعصيه برفع الضرر اللاحق عليها
وقد دخل الضرر عليها بالطلاق الرجعي حتى يستعيد النكاح فخرج هذا
الايلا قبل الرجعة ان يكون مختصا بالضرر ولم يحتسب في المدة والثاني ان مدة
الايلا مضروبة لمن اخذ بالاصابة بعد انقضائها وانقضا المدة في العدة
يمنع من اخذه بالاصابة فلم يجز ان يكون محسوبا من المدة **فصل**
واما المسلة الثانية فهو ان يولي من معتدة في طلاق بائن اما انه ثلاث واما
انه دونها بعوض فلا ينعقد الايلا منها كالاجنبية لو تزوجها بعد ذلك بعقد جديد
لم يصر موليا وكذلك لم يلزمه المطالبة وقال مالك يكون بالايلا منها في العدة
البائن موليا اذا نكحها وكذلك لو آلى منها ومن اجنبية ثم نكحها كان موليا وهذا

عند ابي حنيفة على قوله في عقد الطلاق قبل النكاح وفيما تقدم معه من الدليل
في الطلاق كاف في الايلاء مع قول الله تعالى للذين يؤلون من نسائهم ولست هذه
من نسائه مسألة قال الشافعي والايلا من كل زوجة حرة وامة مسلمة
وذمية سوا وهذا صحيح لعموم قوله تعالى والذين يؤلون من نسائهم ولم تفرق
ولان من ملك الطلاق ملك الايلا والظهار كالحر المسلم مع الحرة المسلمة والامة
في احكام الزوجية سوا فوجب ان يكن في الايلا سوا والله اعلم

باب الوقف من كتاب الايلا

قال الشافعي رحمه الله اذا مضت مدة اربعة اشهر للمولي وقف وقيل له ان
فئت والا فطلق والفيئة الجماع الا من عذر فيفيء بلسانه ما كان العذر قائما
فيخرج بذلك من الاضرار قد ذكرنا انه لا مطالبة على المولي قبل انقضاء مدة الايلا
وهي تربص اربعة اشهر واذا انقضت كان الخيار اليها في مطالبته وتركها فان
طالبت كان الزوج مخيرا بين الفيئة او الطلاق لقوله تعالى فان فاءوا فان الله غفور
رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فان فعل لم يكن للزوج مطالبة
فان طلق لم يكن لها مطالبة بالفيئة وان لم يفعل لم يكن لها مطالبة بالطلاق فصل
فاذا ثبت انه مخير فيهما بعد مضي الاربعة بين الفيئة والطلاق وانه رجعي فان زاد
على الواحدة كان متطوعا بها واما الفيئة فهي الجماع لان الفيئة في اللغة الرجوع
لما فارق قال الله تعالى حتى تفيء الى امر الله اي ترجع الى طاعة الله
وهو بالايلا ممتنع من الجماع فكانت الفيئة فيه الرجوع اليه واذا كانت الفيئة
الرجوع الى الجماع فلا يخلو حاله من ان يكون قادرا عليه او عاجزا عنه فان كان قادرا
عليه لم يكن فاء الا بالجماع واقله ما ذكرنا من التقاء الختانين وان كان عاجزا
عنه لعذر من مرض او غيره لزمه ان يفيء فيئة معذور وهو ان يقول
لست اقدر على الوطي ولو قدرت عليه لفعلته واذا قدرت عليه فعلته

فيقوم فيئته بلسانه في حال عذره في اسقاط المطالبة مقام فيئته بوطيه وقال
ابو ثور لا تلزمه الفيئة باللسان حتى يقدر عليه بالوطي فيؤخر المطالبة الى
زوال العذر استدلالا بامرين احدهما انه لو لزمته في حال العذر الفيئة بلسانه
لما لزمه الفيئة بالوطي بعد زوال عذره لسقوط الحق بما تقدم والثاني
انه لو قام مقام الوطي في سقوط المطالبة لقام مقامه في وجوب الكفارة ودليلنا
قول الله تعالى فان فاءوا فان الله غفور رحيم والفيئة الرجوع ولم تفرق
بين من رجع بالقول او رجع بالفعل ولان الفيئة تراد لرفع الضرر بالايلا ويكون
العاجز ممثلا بزواله بها وقد يرتفع الضرر وتسكن النفس بقول العاجز كما يرتفع
بفعل القادر ولان الفيئة ترفع الضرر كما ان الشهود ثم ثبت ان المطالبة بها مع
القدرة على الجماع تكون بالفعل وهو رفع الضرر وانتزاع اليمين فان عجز عنهما
كانت المطالبة فيها بالقول وهو الاشهاد على نفسه بالطلب ذلك الفيئة
في الايلا فاما استدلال ابي ثور بان المطالبة لو سقطت بفيء اللسان لما وجبت
بزوال العذر ففاسد بالمطالبة بالشفعة تكون بالقول مع العجز ولا تسقط
حق الطلب بالفعل عند زوال العذر ومن اوجب عليه عند عدم الماء والتراب
ان يصلي لا ليسقط الصلاة اذا قدر على الماء اخرى انه لها ربنا واما استدلاله
بانه لما لم تجب به الكفارة لم تسقط به المطالبة ففاسد لان الفيئة غير معتبرة
بوجوب الكفارة الا ترى ان المجنون لو وطئ سقطت المطالبة وتصح الفيئة ولا تجب عليه
الكفارة فصل فاذا فاء الفيئة باللسان سقطت المطالبة في حال العذر
فاذا زال العذر سقط حكم الفيئة باللسان ولزمه ان يفيء بالجماع كالمستشفع اذا اشهد
بالطلب في الغيبة ثم حضر جدد المطالبة برفع الضرر واسرع المبتغ بتصرفه
في العلم المحصور وقال ابو حنيفة لا يلزمه ان يفيء بالوطي عند القدرة بعد ان فاء
في حال العجز لانه قد كان في الايلا لم يرفعه الا فيئة كالوطي ودليلنا مع ما

قد مناه من المنفعة هو ان الوطي حق ثبت لها مع القدرة فلم يسقط بالعجز كحكم
القدرة كسائر الحقوق وان ما لم يحنث به في الايلاء لم يسقط به الوطي المستحق
في الايلاء لفعله وان بعد اللسان لا يتم الا ان بعد فيها بالوطي مع القدرة فلم
يجز ان يسقط بها موجب بعد عند القدرة والله اعلم **مسله**
قال الشافعي ولو جامع في الاربعة الاشهر خرج من حكم الايلاء وكفر عن يمينه
اما ان كانت يمينه على اقل من اربعة اشهر فليس بمولي ومتى وطي فحنث عليه
كفارة يمينه الحالف سواء كانت بالله تعالى او بغير الله وان كانت يمينه على
اكثر من اربعة اشهر فهو مولي فان اصابها بالوطي نظر في يمينه فان كانت بعتق
او طلاق علقها بوطيه فوطيه يوجب الحنث بوقوع الطلاق والعتق ان كانت
بيمينه بالله تعالى ففي وجوب الكفارة عليه قولان احدهما وهو القديم
اشار اليه في موضع منه انه لا كفارة عليه لان الله تعالى جعل للايلا
حكمين الفيه او الطلاق فلم يجز ان يضم اليهما ثالث هو الكفارة لما في ايجابها
من زيادة حكم على النص ولان الله تعالى وصف الفيه بالغفران فقال فان
فاءوا فان الله غفور رحيم وما غفر لم يكفر كقوله لا يواخذكم الله باللغو
في ايمانكم فلم يكفر لغو اليمين لعفو عنه ولانه مخير بين الفيه والطلاق
فلما لم يحنث بالطلاق لم يكفر بالفيه والقول الثاني قاله في الجديد
وهو الصحيح ان الكفارة عليه واجبة لقول الله تعالى ذلك كفارة ايمانكم
اذا حلفتم فكان على عمومه في الايلاء وغيره ولان النبي صلى الله عليه قال من حلف
على يمين فراى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد نص على المولي
في الاربعة اشهر بحيث بها بعدها وذلك لا يمنع من وجوب التكفير ولان
المولي اغلظ من يمين غير المولي ثم ثبت انه لو لم يكن موليا يمينه يكفر بحنثه
فاذا كان موليا فاولى ان يكفر ولان يمينه بالله تعالى اغلظ ما كان في يمينه

بالعتق والطلاق فلما لزمه العتق والطلاق اذا حنث بهما فاولى ان تلزمه
الكفارة اذا حنث بالله تعالى فاذا تقرر توجيه القولين فقد اختلف
اصحابنا في محل القولين فذهب بعضهم الى انهما في عموم الفيه قبل المدة وبعدها
في ان وجوب الكفارة بها على قولين وذهب اخرون منهم الى ان القولين في
وجوب الكفارة بعد المدة واما الفيه قبل المدة فموجبة للكفارة قولا واحدا
وفرقوا بين الموضعين بانها قبل انقضاء المدة غير واجبة فاوجبت الكفارة
قولا واحدا وبعد انقضاء المدة واجبة فجاز ان تسقط الكفارة في احد القولين
كالحلق في الاحرام يوجب الكفارة اذا لم يجب ولا يوجبها اذا وجب وهذا
الفرق غير مؤثر والتسوية بين الموضعين اولى الا ترى ان الكفارة تجب في حنث
الطاعة لوجوبها في حنث المعصية واما الحلق المحرم فلا يشبه فيه الايلاء لان الحلق
في وقته نسك فلم يكفر وفي غير وقته وليس بنسك ثم يستوي حكمه اذا لم يكن
نسكا بين مباحه للحاجة ومحظوره عند عدم الحاجة في وجوب الكفارة فيهما
فكذلك الفيه والله اعلم **مسله** قال الشافعي ولو قال الحالف في الجماع
لم اوجله اكثر من يومه فان جامع خرج من حكم الايلاء وعليه الحنث في يمينه
وليس اوجبه لمثله الا بعد الله في ابدا ان منعها فان طلق والا طلق عليه السلطان
واحده قال المزني فقطع بانه يخير مكانه في الفضل اما اذا سال الانظار
بالفيه لعجزه عنها بالمرض فانه يوخر ان يفي بلسانه في معذور على ما مضى
فاما اذا سال الانظار بها لغير مرض فالمهلة ينقسم الانظار بها ثلاثة اقسام
قسم يجاب اليه وقسم لا يجاب اليه وقسم مختلف فيه فاما القسم الذي يجاب اليه فهو
ان يسال انظار يومه وانظار ليلته فيجاب الى ما سال من انظار يومه
وليلته لانه ربما كان صائما فيمهل لافطاره او مستيقظا فيمهل لنومه او جايعا فيمهل لاكله
فيمهل له لهذا ما يستدعيه الى وقت العقد فان سال ذلك لما عارض

الذي تضطرب البدن له لان الجماع يكون باسباب محركة تختلف الناس فيها فامهل
لها واما القسم الثاني الذي اختلف فيه فهو ان تسال الانظار اكثر من ثلثة
ايام فلا يجاب على ذلك لان بناءنا على الثلث حد الكثرة ولانه لو اجيب الى ذلك
لزادت مدة التربص على النص وصار بانظاره اكثر من ثلث كالممتنع من الفيئة
فيكون على ما ذكرناه من القولين احدهما يحبس حتى يفي او يطلق والقول الثاني يطلق
الحاكم عليه واما القسم الثالث المختلف فيه فهو اذا سال انظاره ثلثة ايام ففي اجابته اليها
قولان احدهما الاجابة اليها لما فيها من الزيادة على مدة التربص ولانها تقتضي تاخير حق
بعد الوجوب كالديون التي لا يلزم الانظار بها مع القدرة عليها والقول الثاني انه يجاب
الى انظار ثلثة ايام لانها حد بين القلة والكثرة فهي حد لاكثر القليل واقل
الكثير ولهذا انظر بالقليل جابر ... الى غاية محدودة ولان الله تعالى انظر ثمود بعذاب
قريب انظرهم ثلثا فقال تعالى فلا تمسوها بسوء فياخذكم عذاب قريب فعقروها
فقال تمتعوا في داركم ثلثة ايام ذلك وعد غير مكذوب فكان هذا الانظار في الاحكام
اولى متسعا للعذاب المحتوم ولهذا اذا استنظر الغير لمناظرة الشبهة كان
على هذين القولين واصل القولين في هذا الموضع انظار المرتد ثلثا وفيه
قولان ثم اختلف اصحابنا في انظار المرتد ثلثا على هذا القول هل هو واجب او
استحباب على وجهين احدهما انه واجب كانظار المرتد بها فعلى هذا ينظر
بها سوا استنظرها ام لا كالمرتد والوجه الثاني وهو الاظهر واختاره ... الا انه
انها استحباب فعلى هذا ان استنظرها والا لم ينظرها ان لم يستنظر ويؤخذ بتعجيل
الفيئة او الطلاق والفرق بين هذا والمرتد ان انظار المرتد في حق الله
تعالى فلم يقف على استنظاره وانظار هذا في حقه موقوف على استنظاره **فصل**
واما المرتد فانه يمنع من انظاره الثلث الحاقا بالمرتد وهذا الا ان المرتد ينظر
ثلثا في احد القولين فاستويا بالبدل في المرتد فاظهر ما في الزوج اصح

الزوج

على ابطال الانظار بالثلث بامرين احدهما ان قال هو بالقياس اولى واسن هكذا
لانه ليس قياس الثلث على ما رواه تعليقها اولى من قياسها على ما نقص منها والثاني ان
التاقيت لا يجب الا بخبر لازم وهذا ليس يصح على مذهب الشافعي لان الحنفية يرى
هذا والشافعي يثبت التاقيت بالعرف والمعنى على رجه الثلث **فصل مسئلة** قال الشافعي
واما قولنا السلطان فان يطلق عليه واحدة لانه كان على المولى ان يفي او يطلق الفصل قد
ذكرنا انه اذا امتنع بعد المدة من الفيئة او الطلاق هل يطلق الحاكم عليه ام لا على قولين فاذا قلنا
يطلق عليه وان كان انه اذا كان الزوج هو المطلق كان مخيرا في عدد الطلاق وان طلق
واحدة يملك فيها الرجعة فان طلق استوفى له الحقه بعدها وان يطلق ثلثا بانت ... وطلاق الحاكم لا يقع
في اي زمان وقع قبل المدة وبعدها الا انه قبل المدة غير مستحق وبعد المدة مستحق
وان كان الحاكم هو المطلق فلا انه يعتبر ثلثة شروط احدها ان يكون الزوج ممتنعا منه
فان كان غير ممتنع منه فطلق الحاكم عليه لم يقع طلاقه والثاني ان يكون مقصورا على
العدد المستحق وهو طلقة واحدة فان طلق اكثر منها وقعت الواحدة ولم تقع
الزيادة عليها والفرق بينه وبين الزوج ان الحاكم يوقع ما وجب على الزوج والزوج
يوقع ما يملكه والثالث ان يوقع الطلاق زمان الوجوب وذلك بعد انقضاء المدة
فان طلق قبل انقضائها لم يقع طلاقه لانه لم يجب باستحقاقه وان طلق بعد انقضائها
لم يخل من ان يكون قبل الفيئة او بعدها فان طلق بعد الفيئة وقع طلاقه وان
طلق قبل الفيئة فهو مبني على ما ذكرناه من القولين في انظار المولى بالفيئة ثلثا فان قلنا انه
لا ينظر بها وقع طلاق الحاكم قبلها وان قلنا انه ينظر بها ففي وقوع طلاقه قبلها وجهان
بناء على اختلاف الوجهين في الثلث هل يجب شرعا او استظهارا فان قيل يجب استظهارا
وقع طلاقه وان قيل يجب شرعا لم يقع طلاقه هذا ان كان الحاكم يرى انظار الثلث واما
ان كان لا يراها وقع طلاقه وجها واحدا لانه على اجتهاد سايغ **فصل** واذا ثبت ان طلاق الحاكم
والزوج ممتنعا فهذا على ثلثة اقسام احدها ان يطلق الزوج ثم الحاكم

ثم الحاكم بعده فطلاق الزوج واقع وطلاق الحاكم غير واقع لانه تعين وجب وسوا
علم الحاكم بطلاق الزوج او لم يعلم والقسم الثاني ان يطلق الحاكم ثم يطلق الزوج
بعده فينظر فان علم الزوج بطلاق الحاكم وقع طلاق الزوج وطلاق الحاكم وان لم
يعلم الزوج بطلاق الحاكم ففي وقوع طلاق الزوج وجهان احدهما لا يقع لانه
واجب قد سبق الحاكم باستيفائه منه والوجه الثاني يقع طلاقه لانه تكلف
وجوب ما يجب فلذا استوفى الحاكم الواجب ولم يكشف الزوج عنه وقع طلاقه
عن الواجب والقسم الثالث ان يطلق الزوج والحاكم معا في حالة واحدة فطلاق الزوج واقع
وفي وقوع طلاق الحاكم وجهان احدهما وهو قول ابن ابي هريرة يقع طلاقه
ايضا لانه لم يستبد الزوج بالطلاق والوجه الثاني لا يقع لانه لم يسبق الزوج الى الطلاق
والله اعلم **مسئلة** قال الشافعي رضي الله عنه ولو قال الذي في لسانه من عذر اذا المنذ
ان تصيبها وقفناك فان اصبتها والا فرقنا بينكما وهذا كما قال ذكرنا في فيئة اللسان
بالقبول فاذا زال العذر فالحكم فيه لمطالبته بالاصابة لامرين احدهما
ان حكمه بلسانه ان يعد بالاصابة عند امكانها فلذلك كان ماخوذا بها لاجل
وعده والثاني ان الانظار اذا تعقبه زوال العذر كان كانظار المعسر
اذا ايسر وكانظار الغائب اذا حضر **مسئلة** قال الشافعي ولو
كانت حائضا او احرمت ... باذنه او بغير اذنه فلم يامرها بالاحلال لم يكن عليه
سبيل حتى يمكن جماعها او تحل اصابتها وهذا صحيح والاسباب المانعة من الوطي
ضربان احدهما ما كان من جهة الزوجة والثاني ما كان من جهة الزوج فاما ما
كان من جهة الزوجة فالوقت المتحول فيه وقفان وقف الزوج ووقف
للزوجة فاما وقف الزوج فهو مدة التربص التي ضربها الله تعالى للمولي وهي الاربعة
اشهر واما وقف الزوجة فهو زمان المطالبة بعد الاربعة اشهر واذا كان
كذلك فهذه الاسباب المانعة من الوطي اذا كانت من جهة الزوجة

من ان تكون موجوده في مده التربص او في مده المطالبه فان كانت في مده المطالبه
منعها ما نعه من المطالبه سوا كان المانع المضاف اليها العجز او شرع والمانع بالعجز
كالصغر والمرض الذي لا يمكن معه اصابتها والجنون الذي يخاف منه والحبس الذي
لا يمكن معه وان حبس بظلم او بحق واما المانع بالشرع مع التمكن بالوطي فالاحرام
بحج او عمره وسوا كان باذن الزوج او بغير اذنه لانه يخرج منه عليها لا تستحق لانها
لا تقدر بنفسها على الخروج منه والصوم المفروض سوا تعين زمانه او لم يتعين لانه
لا يجوز لها الخروج من صوم الفرض وان لم يتعين واما صوم التطوع فمخالف له لانه يجوز
لها الخروج منه ومن ذلك الحيض والنفاس يمنعان الوطي بالشرع واما الاستحاضه
فلا تمنع من ذلك ومن ذلك الرده عن الاسلام تحرم فيها الوطي فاذا وجد في زمان
المطالبه وهو الوقف الثاني هذه الاسباب المانعه من الوطي من جهتها منعها ذلك
من المطالبه بحقها من الايلا سوا كان بمنع عجز او منع شرع لان المطالبه بالفيه لموضع
استحقاقها وهي تستحقها اذا قدرت على التمكين منها وهي غير قادرة على التمكين
فسقط الاستحقاق واذا سقط الاستحقاق سقطت المطالبه وسيأتي تعليله
التقسيم في المسطورة **مسئلة** قال الشافعي واذا كان المنع ليس من قبله مثل
ان تكون مريضة او مصابة لا تقدر على جماعها فاذا اصابت ... خرج من ذلك استوقفت لها
اربعة اشهر وهذا صحيح اذا وجدت هذه الموانع التي من جهتها في مدة التربص
وهو الوقف الاول فجميعها غير محسوب على الزوج لمعنا من الاصابه الا الحيض وحده فان
٤ زمانه محسوب على الزوج وان كان مانعا والفرق بينه وبين غيره من الموانع ان الحيض جبلة
وانقطاعه في مدة التربص غير معهود وخلو المرأة منه في الغالب غير موجود فصار
زمانه محسوبا وليس كذلك غيره من الموانع التي تخلو مدة التربص منها في الغالب وما يطرأ
منها فان كان نادرة فلذلك كان زمانه غير محسوب الا ترى ان وجود الحيض لا يقطع صوم الشهرين المتتابعين
...

بالحيض لبعد تخلوه منه وسقط ما بعده فقطع ما سوى الحيض لا يمكن حظره
منه والفرق بين جواب الحيض في زمان المطالبة فيمنع كغيره من الموانع وبين وجوده
في مدة التربص فيحتسب بزمانه بخلاف غيره من الموانع هو انه يمكن ان تخلو منه زمان
المطالبة في الاغلب فساوى غيره من الموانع ولا يمكن ان تخلو منه زمان التربص في
الاغلب فخالف غيره من الموانع وجرى وجوده في زمان المطالبة مجرى وجوده
في صوم الثلث كفارة اليمين يبطل تتابعها لامكان خلوها منه وجرى وجوده في مدة
التربص مجرى وجوده في صوم الشهرين المتتابعين لا يبطل تتابعهما لتعذر خلوها
منه فاما النفاس فقد اختلف اصحابنا فيه على وجهين احدهما انه غير قاطع
لمدة التربص ومحسوب فيه لان احكام الحيض عليه جارية فاشبه الحيض والوجه
الثاني انه قاطع لمدة التربص وغير محسوب فيها بخلاف الحيض وهو الصحيح
لان الحيض غالب والنفاس نادر فاشبه سائر الموانع فاما الصغر فان لم يمنع من الاستمتاع
بالتقاء الختانين كان زمانه محسوبا وان كان مانعا من التقاء الختانين لم يحتسب عليه
في مدة التربص حتى تصير الى حال تعقد على ذلك فيستانف له التربص واما
المرض فان كان معه امكن اصابتها بتغيب الحشفة في فرجها من غير ان تضر بها
كان زمانه محسوبا في مدة التربص وان كان مضنا لا يمكن معه تغيب الحشفة الا بضرر
كان زمانه غير محسوب في مدة التربص حتى تصير الى حال يمكن فيها ذلك ثم يحتسب
في مدة التربص **فصل** فاذا انتشر ما وصفنا من الموانع التي لا تحتسب بزمانها في مدة
التربص فاذا زالت استوفت مدة التربص ولا تبني على ما مضى منها قبل الموانع ويبطل
الماضي من مدة التربص بالموانع الطارئة لان الله تعالى انظره اربعة اشهر واقتضى
اطلاقها التتابع في حال الاضطرار انتفاه في حال الاختيار فصار كصوم الشهرين
المتتابعين يبطل ما تقدم منه بترك التتابع في الاختيار دون غير الاختيار وذهب بعض اصحابنا
وخالف فيه نصا الى انه يبني على ما تقدم من مدة التربص والفيئة على ما مضى

قبل الموانع قال لانه لما كان حدوث الموانع في زمان المطالبة لا يسقط ما مضى
من مدة التربص كذلك حدوثها في مدة التربص لا يسقط ما تقدم منها وهذا
فاسد والفرق بينهما من وجهين احدهما ان موالاة المدة بحدوثها بعدها موجود
وموالاتها بحدوثه في تضاعيفها معدوم والثاني انه قد استوفى الزوج حقه
بحدوثه بعدها وما استوفاه بحدوثه في تضاعيفها **مسئلة** قال الشافعي
واذا آلى المعتوه من امرأته كان عليه ان يفيء بجماع او يفيء معذور في الحبس باللسان
قال المزني وقال في موضع اخر واذا آلى المحبوس استوقف له اربعة اشهر متتابعة قال
المزني قلت انا الحبس عذر والمرض سواء الفعل اذا كانت الموانع من جهة الزوج بجريان
حكمها محسوب عليه من مدة التربص الا ما استثنيناه لانه في زمان يقدر على طلاقه
فانها غير محسوبة عليه وان كانا من جهته لانهما موجبان من الفيئة حتى منها منك
ما يوجبانه في حقه وليس كالاحرام وصيام النذر الواجب التحريم في حقها واما ما يوجبه
من جهته دونها فاذا تقرر ما ذكرنا لم تخل هذه الموانع المحسوبة من ان توجد
في الوقت الاول وهو مدة التربص او في الوقت الثاني وهو زمان المطالبة وان
وجدت في الاول فانه محسوب عليه فيحتسب عليه زمان الاحرام وزمان صيام وزمان مرض
وزمان سفره سواء كان في سفر مباح او واجب وزمان حبسه سواء حبس بحق او بغير
حق قال المزني وقال في موضع اخر واذا آلى المحبوس استوقف له اربعة
اشهر لم يحتسب بزمان الحبس عليه فكان ابو حفص ابن الوكيل يخرج هذا
قولا ثانيا في الحبس خاصة وهو مذهب المزني انه لا يحتسب بزمانه عليه لانه عذر ليس
اليه وهذا التعليل فاسد بالمرض لانه ليس من فعله وزمانه محسوب عليه
لوجود سببه من جهته وذهب جمهور اصحابنا الى ان هذا ليس بقول ثان وان
مذهب الشافعي لم يختلف في ان زمان الحبس محسوب عليه لما عللنا به المزني
ان زمان المرض لما كان محسوبا عليه وحاله فيه اغلظ كان زمان حبسه وهو يقدر
على ان ياتيه في الحبس فيصيبها اولى بالاحتساب وسوى المزني الى الخطأ في نقله الشافعي

قال فلو الاحتسب استوقف له اربعة اشهر ان الحبس البه دونها وقال
بعض اصحابنا المزني مصيب في نقله وليس ذلك باختلاف قولين كما وهم
فيه بعض اصحابنا وانما هو على اختلاف حالين فهي الموضع الذي احتسب بزمان
حبسه عليه اذا لم يحبس بحق والموضع الذي لم يحتسب بزمان حبسه عليه اذا
حبس بظلم وهذا التفصيل يبطل بالمرض كما يبطل به اصل التعليل **فصل**
وان حدثت هذه الموانع في الوقت الثاني وهو زمان المطالبة لم يسقط بها
حكم المطالبة بالفيئة لانه لما دفع الاحتساب بها كانت زمانا للفيئة فلم تمنع من
المطالبة بها واذا كان كذلك فان كان المانع مرضا فان قدر معه على تعب الحشفة
من غير ضرر طولب ان يفي بالجماع وان عجز عن تعب الحشفة من غير ضرر طولب ان
يفي بلسانه في عذر على ما مضى وان كان المانع حبسا فان قدر على ادخالها اليه
طولب ان يفي بالجماع وان لم يقدر على ادخالها الى الحبس طولب ان يفي بلسانه في معذور
مكان محبسه وان كان المانع احراما او صياما واعتكافا سقط فيه الجماع عليه
عليه دالا ثم فيه لتحريمه عليك والمنع منه لا ان يفي بلسانه في معذور الذي
في معذور فان اقدم على الفيئة بالجماع خرج به من حق الايلاء وعصى بالوطئ في
الاحرام او الصيام وان لم يطالب بتوجه علمه بمانع التحريم وان توجهت عليك المطالبة
بالفيئة او الطلاق فان اقدم على الامتناع منهما فعلى ما مضى من القولين احدهما
يحبس حتى يفعل احدهما والثاني يطلق الحاكم عليه والله اعلم **مسئلة**
قال المزني وقال في موضع يعني الشافعي رضي الله عنه ولو كان بينهما مسيرة
اشهر فطالبه وكيلها بالفيئة فيها امرناه ان يفي بلسانه والمسير اليها كما امكن
عليه بان يفعل والطلاق عليه وهذا صحيح اذا سافر المولي عن زوجته في مدة
التربص كان زمان سفره محسوبا عليه من مدة وقته لانه مانع من جهته وذلك
لو استبد بالى سفره فان ما حابرو من سفره بد ابدا ففي ايام سفره
محسوبا عليه وفي احتساب قدر المسافة وجهان احدهما انه يحتسب عليه لانه ينقله
منه على الاضافة لوان اذا وفقا والثاني لا يحتسب عليه هو مسافر بان

فصل المرض كالمرض في احتساب المدة
السفر بعيب دال الاصابة لولا ان الاصابة مانع من
واذا ثبت ان مدة السفر محسوبة عليه فان كان في وقت المطالبة حاضرا طولب بالاصابة
او الطلاق وان كان غائبا وكلت من يطالبه بحقها حتى يرجع وكيلها الى حاكم البلد
الذي هو غائب فيه يطالبه بالفيئة او الطلاق فان طلق فحكم طلاقه في غيبته كحكم طلاقه
في مرضه وقد سقط بالطلاق حقها حتى اذا قدم فلا مطالبة عليه وسنها وان اراد
الفيئة فكيفية في الغيبة شرطان احدهما ان يفي بلسانه في معذور والثاني ان يأخذ
في التأهب للاصابة اما بان يقدم عليها واما بان يستدعيها اليه والحكم فيهما الى
من اراد الاجتماع فان فعل احد الامرين خرج من حكم الفيئة قبل الاجتماع واذا اجتمعا لم يخرجا
تقدم من فيئة اللسان حتى يفي بالاصابة فلو انه في غيبته اخذ في القدوم او الاستدعاء
ولم يف بلسانه في معذور لم يجز ذلك اباد وطلق عليه حاكم ذلك البلد في اصح القولين
فان فاء بلسانه في معذور لم يأخذ في الاجتماع اما بالقدوم او بالاستدعاء لم يتم الفيئة
وطلق عليه ذلك الحاكم في اصح القولين الا ان يكون بعد او الخوف او الطريق المانع
او لمرض يعجز بالغيبة لما انطاق به الا ان يزول عذره فيوجد بالقدوم او الاستدعاء
فلو استدعاها فامتنعت الا ان يقدم عليها صارت ناشزا وسقط حقها من
المطالبة **مسئلة** قال الشافعي رضي الله عنه ولو غلب على عقله لم يوقف حتى يرجع
اليه عقله فان عقل بعد الاربعة الاشهر وقف مكانه فاما ان يفي واما ان يطلق
وهذا كما قال اذا غلب على عقل المولي بجنون او اغماء كان جنونه واغماؤه محسوبا عليه
في وقفه مدة تربصه لان المنع من جهته وان لم يكن من فعله كمرض واذا انقضت مدة
التربص وهو على جنونه واغمائه لم يتوجه عليه مطالبة وهو معنى قول الشافعي
رضي الله عنه لم يوقف يعني الوقف الثاني الذي هو زمان المطالبة ولم يرد به الوقف
الاول الذي هو مدة التربص فاذا افاق من جنونه او اغمائه توجهت حينئذ
مطالبته بالفيئة او الطلاق

قال المزني هذا ابو كرا ان يحتسب مده حبسه ومنع تحبيره يوما او ليلة اراد
المزني بذلك امرين احدهما ان يجعل الاحتساب بزمان الحبوس وهذا
صحيح والثاني ان يجعل ما ذكره ان الشافعي رضي الله عنه من منع تحبيره يوما
او ليلة دليلا على ابطال الطاره للثاني احد القولين وهذا غير صحيح ولا دليل فيه
وعما ذكره الشافعي من منع تحبيره يوما او ليلة جوابان احدهما انه مفرع على
احد القولين وهو القول الثاني غير ممنوع والجواب الثاني ان المنع من الاعتبار
في ابتدا المطالبه والقولان في الانظار في الحاجة الي الفيئة انه لو اجاب الي الطلاق
وسال الانظار فيه لم ينظر فوقا واحدا واما الانظار بالفيئة فمسله قال الشافعي
ولو احرم قيل له ان وطيت فسد احرامك وان لم تقطع طلقتك فقد ذكرنا ان المولي
اذا احرم بحج او عمره كان زمان احرامه محسوبا عليه فان احل قبل مده التربص كان
مخيرا بين الفيئة او الطلاق وان كان باقيا على احرامه الي انقضا مده التربص قيل
له احرامك قد حظر عليك الوطي والايلا يوجبه والمنع من جهته عليك بين مطالبته
في حق الزوج بالوطي او الطلاق فلان المطالبه بالوطي هو اقوي لحقين لان الوطي
اصل مقصود والطلاق بدل على وجه التخيير فان اجاب وطلق خرج به من
حكم الايلا ولا ياثم في افساد احرامه وان ابا فقد عصى بوطيه في الاحرام وافسد
ووجب عليه القضاء وخرج به من حكم الايلا ووجب بفساده عن بانه امتنع ان
يفعل احد الامرين طلق عليه في اصح القولين فان قيل فهلا امتنع منه لقوله بعد
ما ... لانه ادخل الاحرام المانع علي نفسه الا في المرض الذي
لم يدخل عليه من فعله وبان الاحرام غير معذور والمرض معذور مسله
قال الشافعي ولو آلى ثم ظاهر او تظاهر ثم آلى وهو يجد الكفاره قيل له انت ادخلت على
نفسك المنع فان فئت وان لم تفعل طلقنا عليك لانه اذا اجتمع شيئان الايلا

والظهار في امراه واحده وآلى منها ثم ظاهر او ظاهر ثم آلى كان زمان الظهار محسوبا
عليه في مده التربص فاذا انقضت المده واستحقت المطالبه وهو على ظهاره لم يكن منه
فقد اجتمع عليه في الوطي حقان متنافيان احدهما تحريم الوطي لحق الله تعالى حتى يكفر
وهو الظهار والثاني يوجب الوطي لحق الزوجه قبل التكفير وهو الايلا فان
عجل الكفاره في الظهار ووطي في الايلا خرج من تحريم الظهار بالكفاره ومن حق الايلا
بالوطي وان طلق خرج بالطلاق من حق الايلا وخرج من ماثم الظهار بترك الوطي وان لم
يفعل احد الامرين ووطي قبل التكفير في الظهار كان عاصيا بالوطي في حكم الظهار
وخارجا به في الايلا من حق الزوجه فان سال الانظار في الوطي حتى يكفر في الظهار
نظر فان كان ممن يكفر بالصيام لم ينظر لانه صوم شهرين وان كان ممن يكفر بالعتق فان
كان مالكا في الرقبه لم ينظر في عتقها كما لا ينظر في الطلاق لانه يقدر على تعجيلها
من غير ضرر وان لم يكن مالكا للرقبه انظر ابتاعها يوما وهو يبلغ بانظاره ثلثا على
ما مضى من القولين ولو امتنع من ان يطلق او يطا طلق الحاكم عليه في احد القولين
ولو ان لا وطيها فمنعته من نفسها لم يزل عنه الايلا حتى يخرج ... الخلاف
في الوطي في الرده واعتقاد ان تحريمه بالرده واخص ... بالظهار
بحقه وحده وسقط حقها من المطالبه ... الشافعي رحمه الله
الممتنع ممنوع من المطالبه ... مسله قال الشافعي ... الشبه
ولو قالت لم يصبني وقال قد اصبتها فان كانت ثيبا فالقول قوله مع
ما اتفق العقد من كلام المزني اذا ادعا المولي اصابتها ليسقط مطالبتها وانكرت
ان يكون اصابها وادعت انها على حقها من المطالبه لم يخل حالها من ان تكون بكرا او ثيبا
فان كانت ثيبا فالقول قول الزوج في الاصابه مع يمينه بالله لقد اصابها لان
الوطي يستتر به والملك اقامه البينة عليه والثابته بالحيض والطهر وان تعذر
النكاح ... صحته ... الزوج ... الاصابه والرجعى
تدعي ... الاصلين وحوب الفرقه ما كان الاصابه ... الاصابه
... قول الزوج مع يمينه استصحاب ... الاصل ... الاصل ... الاصابه

لعوان صح

ثم ان الاصل في النكاح الاصابه والمعنى فلم استصحبتم الاصل في صحه النكاح
ولم تستصحبوا الاصل في عدم الاصابه قلنا لان النكاح اصل متيقن وعدم
الاصابه اصل مظنون لجواز ان يكون وجواز ان لا يكون فكان استصحاب الاصل
المتيقن اولى من استصحاب الاصل المظنون واذا ثبت ان القول قول الزوج
مع يمينه لجواز كذبه فان حلف حكم بصدقه فان نكل احلف وحكم بسقوط حقها من
الايلا وان نكلت ردت اليمين عليها فان حلفت كانت على حقها من الايلا واخذته بالفيه
او الطلاق والحكم بقول الزوج في ثبوت الاصابه ◦ فصل وان كانت بكرا
فالقول قولها لم يصبها لان البكاره بينه تشهد بصدقها في عدم الاصابه
فالقول قولها مع اليمين انما احلفها لانه يحتمل ان يكون لم يبالغ ثم عادت العذره
بحالها فاختلف اصحابنا انه انما احلفها ان ادعا الزوج انه لم يبالغ في الاصابه
فعادت العذره واما ان لم يدعه لم يحلفها وقال ابو حامد تحلف بكل
حال سوى ادعا الزوج ذلك او لم يدعه لان دعواه الاصابه مع البكاره تعني
بالذلك وان لم يصرح به في الدعوى فان حلفت الزوجه كانت على حقها من المطالبه
بالفيه او الطلاق وان نكلت ردت اليمين على الزوج فان حلف سقط حقها من الايلا
وان نكل حكم بقول الزوجه في بقا حقها بحالها مثال لو اختلفا في البكاره
فادعتها الزوجه ليكون قولها مقبولا في عدم الاصابه وانكرها
الزوج ليكون قوله مقبولا في وجود الاصابه لم يرجع فيها الى قول احدهما
لانه يمكن ان يشاهد ذلك النسا الثقات فاذا شهد اربع منهن بانها
بكر كان القول قولها في انكار الاصابه وان شهدن بانها ثيب كان
القول قوله في ثبوت الاصابه ◦ مسئله قال الشافعي ولو ارتد او احدهما
في الاربعه اشهر او خالعها ثم راجعها او رجع من ارتد منهما في العده
استوقف في هذين اربعه اشهر من حين حل الفرج
الفصل الى اخر كلام المزني ◦

قد ذكرنا ان الرده تسقط الوقف الاول في مده التربص وتسقط الوقف الثاني في استحقاق
المطالبه وزمانها غير معتد به سوا كانت الرده من جهته او من جهتها ما لم تعد المرتد
منهما الى الاسلام الى بعد انقضا العده فقد وقعت الفرقه بالرده وسقط بها حكم الايلا
وهذه الفرقه فسخ فان عاد فنكحها فهل يعود النكاح في الايلا الثاني ام لا بنا على اختلاف
اصحابنا في الفرقه بالفسخ هل تجري مجرى فرقه الطلاق الثلاث او تجري ما دونها على
وجهين احدهما انها جاريه مجرى الطلاق الثلاث فعلى هذا لا يعود الايلا على قوله الجديد
كله واحد قوليه في القديم ويعود الايلا على القول الثاني في القديم والوجه الثاني
انه يجري مجرى ما دون الثلاث فعلى هذا يعود الايلا على قوله في القديم وهو احد قوليه في
الجديد ولا يعود في القول الثاني في الجديد واما اذا عاد المرتد من الزوجين قبل انقضا
العده الى الاسلام كانا على النكاح واستوقف له الوقف الاول وهو مده التربص اربعه
اشهر لا تبنى على ما مضى منها فاذا انقضت طولب بالفيه او الطلاق الا ان تكون الرده في الوقف
الثاني وهو زمان المطالبه فلا يعاد الوقف بعد انقضائه كما لو كانت الرده وان قيل فهلا
استوقف الوقف بعد الاسلام كما بنيتم الوقف بعد الرجعه قيل لانه قد ذكرنا ان الطلاق
لم يوقع حقها والرده تلك تسقط بالطلاق حكم الوقف الاول واستوقف له وقف بعد
الرجعه ولم تسقط بالرده حكم الوقف الاول فلم تستانف له الوقف بعد الاسلام فصل
واما اذا خالع المولي زوجته فقد بانت منه بالخلع وسقط حكم الايلا في النكاح فان عاد تزوجها
ففيه وجهان ان يعود الايلا معتبر بفرقه الخلع وفيه قولان احدهما انها طلقه واحده
فعلى هذا يعود الخلع على قوله في القديم كله واحد قوليه في الجديد ولا يعود على
القول الثاني في الخلع انه فسخ فعلى هذا يكون على الوجهين في الفسخ هل يجري مجرى
الطلاق الثلاث او ما دونها على ما مضى ولما المولى يعقد لهذا لما تقدم من الحكم مسئله
وانه لما الوطء فيما ياتي الدبر الغيبه الحشفه وانها احكام تعلق بها جميع احكام الوطئ
بالوطء الحاصل من وجوب الغسل والحد والمهر والعده ولحوق النسب وتحريم المصاهره

دون الاحصان والاحلال للاول دينا والعبادات فكذلك الخروج من حكم الايلاء وان كانت
بكرا فالثانيه يجب فيه ذهاب العذره انما تعتبر الخيار بذهاب العذره لان ذهاب
العذره هو الشرط المعتبر فاما الوطء في الدبر فيما دون الفرج فلا يسقط به حكم الايلاء
والعنه **مسئلة** قال الشافعي فان قال لا اقدر على افتضاضها اجل اجل العنين وادعى
المولى العنه بعد انقضاء المده فلا يخلو حاله في هذه الدعوى من احد امرين
اما ان يكون قد اصابها في هذا النكاح قبل الايلاء او لم يصبها فان كان قد اصابها فيه
فدعواه مردوده لان حكم العنه لا يثبت في نكاح قد وجدت فيه اصابه وصار بهذه الدعوى
كالممتنع من الاصابه مع القدره عليها فان اصاب او طلق والا طلق الحاكم عليه في اصح
القولين وان لم يكن قد اصابها فيه وهي على بكارتها او كانت ثيبا قبل النكاح نظر فان
ثبتت عنته قبل الايلاء واجل لها ورضيت بالمقام معه قبل انقضاء اجلها كان مقبول
القول في العنه ولا يسقط به حكم العنه لمن يعلم لسانه في معذور ويخير بينه
وبين الطلاق وان لم تثبت حكم العنه قبل الايلاء ولم يدعها الا بعد فهل تقبل دعواه
ام لا على وجهين احدهما وهو الظاهر من مذهب الشافعي واشار اليه في هذا الموضع
ان قوله مقبول لان العنه من العيوب الباطنه التي لا تعرف الا من جهته فكان
مقبول القول فيها كما لو ادعى قبله لانها تذكر بعد هذا اذا حلف فيقال له عليك ان تفي
بلسانك في معذور فاذا ثبت انه اجل للعنه سنه فان اصابها فيها سقط بها حكم
الايلاء والعنه جميعا وان لم يصبها فيها ثبت لها حكم العنه وكان لها الخيار بين المقام او الفسخ
فان اقامت سقط حقها من العنه وان لم يكن لها الرجوع فيه وسقط حقها من الايلاء ولم
يكن لها الرجوع لانه قد فاء لها في معذور وان لم تختر المقام معه فللحاكم
ان يوقع الفرقه بينهما قولا واحدا لاجل العنه وقد استوفت حقها من الايلاء والعنه
ويكون ذلك فسخا في العنه لا طلاقا وحكم الفسخ اغلظ من حكم الطلاق فهذا احد الوجهين والوجه
الثاني وهو قول بعض اصحابنا انه لا يقبل منه دعوى العنه لانه يصير متهوما بدعواها

لتقع منه بنفي المعذور وينظر سنه بعد مده التربص فرد قوله بهذه التهمه واذا
صار بهذا الوجه مردود القول قيل لا يسقط عنك المطالبه الا بفيئه الجماع وانت
عنين منها وبين الطلاق بان تفعل احدهما والا طلق الحاكم عليه في احد القولين **مسئلة**
قال الشافعي ولو جامعها محرمه او حائضا او هو محرم او صائم خرج من حكم الايلاء وهذا
صحيح اذا وطئها المولى وطئا محظورا في احرام او صيام او وطئها في حيض كان في سقوط
من الايلاء به حكم الوطء المباح لثلاثه معان احدها ان جميع احكام الوطء المباح متعلق
عليه وان كان محظورا فكذلك الايلاء والثاني انها قد وصلت الى حقها منه وان كان محظورا
كوصولها اليه اذا كان مباحا والثالث انه يلزم من الحنث بمحظور الوطء ما يلزم بمباحه
فوجب ان يكون في سقوط الايلاء بمثابته وخالف هذا قضاء الدين بالمال المغصوب
لانه لا يقع موقع الحلال في الملك فلم يقع موقعه في الاستيفاء ولو وطئها وهي نائمه سقط حقها
من الايلاء لما ذكرنا ولو استدخلت ذكره وهو نائم فسقوط حقها وجهان احدهما قد سقط
حقها لوصولها الى الاصابه كما لو ذكر فيما وجب عليه الغسل وحلت به للمطلق ثلاثا والوجه
الثاني لا يسقط حقها من الايلاء لان حقها في فعله الا في فعلها ولانه لم يحنث بذلك فلم يسقط
به الايلاء **مسئلة** قال الشافعي ولو الى ثم جن فاصابها في جنونه او جنت هي خرج من حكم
الايلاء وانما اذا اصابها وهو صحيح ولم يلزمه لما اصابها وهو مجنون لان حكم الايلاء في الزنى
قد ذكرنا ان المولى اذا جن كان زمان جنونه عليه محسوبا لان المطالبه حتى يفيق فلا يطالب
الوقف الا ان الجنون ووطئه في جنونه لم يحنث ولم يجب عليه
كفاره لارتفاع القلم عنه وان تعالى في جنون لان الله تعالى عفو وهل يسقط حقها
وهو الظاهر من مذهب الشافعي لانها قد وصلت الى حقها من الاصابه وان كان من غير
قصد كالوطء ناسيا لا يلزمه الكفاره في احد القولين ويسقط به الايلاء قولا واحدا
وكالمولى من احدى زوجتيه اذا قصد وطء غير المولى منها سقط حقها وان لم يقصد
وطئها فتعلق بهذا الوطء حقان احدهما لا يراعى القصد فيه لانه من حقوق الادميين اذا حاضت

زوجته الذمية اجبرها على الغسل وان لم ينو الا ان غسلها حتى ياخذها الله تعالى
لا يصح الا بالنية ويصح الاخر بغير نية وهو من حقوقه الا في حق الله تعالى بلا شك
اجزى بغير نية والوجه الثاني وهو مذهب المزني وطائفة انها على حقها من
الفيئة وما استحقاق المطالبة ولا تسقط بهذه الاصابة لانه لما لم يحنث بها ولم تلزمه الكفارة
وكانت وصية من بعد موتها للاخوة كان حكم الايلاء باقيا فاذا تقدم ما ذكرنا من الوجهين
فان قلنا بالوجه الاول ان حكم الايلاء قد سقط ولا مطالبة لها فيه بالفيئة وطلبها
حنث كان الا ان يجيبه ثم تزوجها لم يكن موليا وكان كالقاضي وطلبها حتى واذا قلنا
بالوجه الاول انه يكون على الايلاء ويستحق عليه المطالبة بعد ما انقضت فهل يخرجه الوقف بعد الاصابة
الاول ويستانف له وقف ثاني على وجهين احدهما يجوز له الوقف الاول ولا يجزيه
الاصابة الحكم لما قضا وجودها بعدها والوجه الثاني قد سقط حكم الوقف
الاول بهذه الاصابة وان لم يسقط بها اصل الايلاء كالرجعة بعد الطلاق توجب استئناف
الوقف لانها قد استوفت بالطلاق ما استحقته من الوقف الاول فكذلك ها هنا لان
الوقف يستحق المجنون قد استوفت بالاصابة وان لم يحنث بها ما استحقته بالوقف
الاول فوجب ابقاء الايلاء ان يستانف له وقف ثاني بعد الاصابة **فصل** واما
ان جنت المراة المولى منها فان لم تقدر على اصابتها في الجنون لهرب لم يحتسب عليه زمان
جنونها لان المانع من جهتها واذا افاقت قبل انقضا المدة استوفت الوقف وان
افاقت بعد انقضا المدة وقت بعد جنونها استحق حكم الوقف وكان لها المطالبة مع الاباحة
فاما اذا امكن الزوج اصابتها في حال الجنون كان زمان الجنون محسوبا من الوقف لانه
يقدر على الاصابة من غير مانع واذا انقضت المدة لم يستحق عليه المطالبة ما كانت
باقية من جنونها لانه موقوف على اختيارها من شهوتها فان اصابها في حال الجنون
سقط حقها من الايلاء وحنث الكفارة على الزوج بالاصابة وان لم يصح مطالبة لكن
يقال استحبابا اتق الله فيها بفيئة او بطلاق وان لم يجبر على فيئة او طلاق **مسألة**
قال الشافعي والذمي كالمسلم فيما يلزمه من الايلاء اذا حاكم الينا وحكم الله على العباد

واحد وقال في كتاب الجزية ولو جاءت امراة رجل منهم تستعدي بان زوجها
طلقها او الى او ظاهر منها حكمت عليه في ذلك حكمي على المسلم الى اخر كلام المزني في
هذه المسألة حكم الذميين اذا تحاكما الينا هل يجب علينا ان نحكم عليهما جبرا او يكون
في الحكم بينهما مخيرا على القولين احدهما انه مخير بين الحكم والترك وهم مخيرون
بين الالتزام والاسقاط لقوله تعالى فان جاؤوك فاحكم بينهم او اعرض عنهم
والقول الثاني انه يجب عليه الحكم بينهم ويجب عليهم الالتزام لقوله تعالى
حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والصغار ان تجري عليهم احكام الاسلام
فاما ان تحاكم الينا مشتركان من يهودي ونصراني فقد اختلف اصحابنا
فقال ابو علي ابن ابي هريرة يجب عليه الحكم بينهما قولا واحدا لان كل واحد منهما
يعتقد بطلان دين صاحبه ولزم العدول بهما الى دين الحق وهو الاسلام وقال غيره
من اصحابنا بل هو على قولين كما لو كانا على دين واحد لان الكفر كله عندنا ملة واحدة
فصل فاذا تقرر ما ذكرنا وترافع الينا منهم زوجان في طلاق او ظهار او
ايلاء حكم بينهما فيه بحكم الاسلام لقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا
تتبع اهواءهم فان طلق صح طلاقه والزمه الحكم وان ظاهر فعلى ما نحكم ظاهره وان
الى صح ايلاؤه وبه قال ابو حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ومالك لا يصح ايلاؤه لقول
الله تعالى في اية الايلاء فان فاؤوا فان الله غفور رحيم والغفران والرحمة لا يستحقان
مع الكفر فلم يتوجه اية الايلاء الا الى المسلم وهذا خطا لان من صح ايلاؤه بغير الله
صح ايلاؤه بالله كالمسلم ولان ما صح به ايلاء المسلم صح به ايلاء غير المسلم كالايلاء بغير الله
فاما اية الايلاء فقد اختلف اصحابنا فيها على وجهين احدهما ان عموم نصها تناول المسلم
دون الكافر لما تضمنه اخرها من قوله فان فاؤوا فان الله غفور رحيم ثم نزلت بين
الايلاء الكافر على المسلم اشتراكهم في معنى الايلاء كما قال تعالى يا ايها الذين امنوا اذا
نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فتشترك على

ذلك طلاق الدنيا والوجه الثاني ان عموم نصها تناول المسلم والكافر فعلى هذا
يصح هذا الاحتجاج الا في قوله فان فاؤا فان الله غفور رحيم
وجهان احدهما قوله للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر عام في المسلم والكافر
وقوله فان فاؤا فان الله غفور رحيم خاص في المسلم دون الكافر فيكون اول الاية
عاما واخرها خاصا والوجه الثاني جميعها عام في المسلم والكافر وقوله فان الله
غفور رحيم خاص في غفران ماثم الايلاء والكفار يخفف عنهم ماثم المظالم في حقوق
الادميين لا يغفر لهم ماثم الايلاء في حقوق الله فصل فاذا ثبت انه يكون موليا فحكم
يشهد حكم الله في المولي المسلم من تربص اربعة اشهر ثم مطالبته بعدها بالفيئة او الطلاق
فان فعل احدهما والا طلق عليه في احد القولين مسئلة قال الشافعي رحمه الله واذا
كان العربي يتكلم بالسنة العجم فآلى باي لسان منها فهو مول في الحكم وان كان لا يتكلم بالعجمية
فقال ما عرفت ما قلت وما اردت الايلاء فالقول قوله مع يمينه وهذا كما قال اذا آلى
العربي بالعجمية لم يخل حاله من ثلثة اقسام احدها ان يعرف العجمية ويتكلم بها فهذا
يكون موليا بها كما يكون موليا بالعربية لان الايلاء لا يختص بلسان دون لسان ما يعرف
على العربية الا الفاظ وما سواه يجوز ان يعبر عنه بكل لسان فلو قال ولست وما
اردت به الايلاء لم يقبل في هذا الظاهر ولم يدين في الباطن كما لو ادعى ذلك في اللفظ
العربي والقسم الثاني ان يعرف العجمية لكنه لا يتكلم بها فيكون موليا بها فان قال
اردت به الايلاء قبل قوله مع يمينه لان الظاهر معه وعليه اليمين لاحتمال كذبه ولا
يجعله موليا في الظاهر ولا في الباطن وان نكل عن اليمين ردت على المراة فاذا حلفت
حكم عليه بالايلاء وان نكل لم يحكم عليه وهكذا الاعجمي اذا آلى بالعربية كان على هذه
الاقسام الثلثة والله اعلم مسئلة قال الشافعي ولو آلى ثم آلى فان حنث في الاولى
والثانية لم يجد عليه الا الايلاء وان اراد اليمين الثانية الاولى فكفارة واحدة وان اراد
غيرها فاوجب كفارتين وجملة ذلك انه اذا كرر الايلاء [illegible] فالقسم حاله
منها اربعة اقسام احدها ان يكون اليمينان من جنسين وعلى زمانين [illegible]

٢١٤
215

الطال سنة فاذا مضت فان وطئتك بعدها فعبدي حر فهما ايلاءان لا يكون الحنث في احدهما
حنثا في الاخر لاختلاف الزمانين ولا الواجب في احدهما واجب في الاخر لاختلاف الجنسين
فاذا وطئ بعدها في السنة الاولى حنث بالله تعالى ولزمه كفارة يمين واذا وطئ بعدها حنث
بالعتق وعتق عليه عبده والقسم الثاني ان يكون من جنسين وعلى زمان واحد كقوله
ان وطئتك سنة فعلي صدقة ثم يقول ان وطئتك في هذه السنة فانت طالق فهو ايلا
واحد لان الزمان واحد والواجب فيه شيئان لانهما جنسان فيطلق عليه الحنث ويكون بالصدقة
ماله مخير بين الصدقة وبين كفارة يمين لانه نذر لجاج خرج مخرج اليمين القسم الثالث ان يكون من
جنس واحد وعلى زمانين كقوله والله لا وطئتك خمسة اشهر فاذا مضت فوالله لا وطئتك
سنة فهو ايلاءان لا يكون الحنث في احدهما حنثا في الاخر لاختلاف الزمانين والواجب في احدهما
مثل الواجب في الاخر لتماثل اليمينين فاذا حنث في الاولى فعليه كفارة يمين [illegible] والقسم
الرابع ان يكون من جنس واحد وعلى زمان واحد كقوله والله لا وطئتك سنة ثم يقول والله
لا وطئتك سنة ويريد بها سنة واحدة فهو ايلا واحد بيمينين من جنس واحد فيكون الحنث فيهما
واحدا لان الزمان واحد والحكم لحاله في اليمينين المتماثلتين من ثلثة اقسام احدها ان
يريد بالثانية تاكيد الاولى فلا يلزمه الا كفارة واحدة لان حكم التاكيد داخل في حكم
المؤكد كما لو كرر الطلاق تاكيدا لم يلزمه الا طلاق واحد والقسم الثاني ان يريد باليمين
الثانية الاستيناف ففيه قولان احدهما عليه كفارة واحدة وهو ظاهر كلامه ههنا
لانه قال فاوجب كفارتين تجعل الثانية [illegible] الواجب ووجه ذلك ان اليمين الثانية
لم تفد غير ما افادت الاولى فلم توجب غير موجب الاولى ولان الحرمتين اذا اتفقا
في الموجب كالمحرم اذا قتل صيدا في الحرم لزمه جزا واحد والقول الثاني عليه كفارتان
ووجهه ان حرمة اليمين الثانية كحرمة اليمين الاولى فوجب ان يوجب مثل حكم الاولى
ولانهما يمينان معقودتان فلم يتداخل موجبهما كالحنثين والقسم الثالث ان يطلق
اليمين الثانية فلا يريد بها التاكيد كالقسم الاول ولا يريد بها
الاستيناف كالقسم الثاني فان قيل لو اراد الاستيناف لزمته كفارة واحدة ففي

الايلاء او اولى ان يلزمه كفارة واحدة وان قيل لو ان ذا الاستثناء يلزمه كفارتان
فقيه اذا الطلق قولان بناء على اختلاف قوله فيمن قال انت طالق ان شاء الله لو لم
يرد ذا الجد ادركا استثناء واحد فقوليه يلزمه طلقتان فكذلك ههنا يلزمه كفارتان
والقول الثاني يلزمه طلقة واحدة وكذلك ههنا يلزمه كفارة واحدة **مسئلة**
قال الشافعي وقد زعم من خالفنا في الوقفات الفيئة فعل تحدثه بعد التربص الاربعة
الاشهر بالخلع الى آخر الباب وهذا فصل قصد الشافعي به ابا حنيفة حيث قال انقضاء
الاربعة الاشهر موجبا للطلاق واحتج عليه بشيئين احدهما ان قال لما كان لو عزم
ان لا يفي الاربعة الاشهر لم يكن طلاقا حتى يطلق فلذلك تم الاشهر ترك العزم مضي
الاربعة طلاقا حتى يطلق والثاني وهو نحوي كلامه انه لما كان يخير اما الفيئة
او الطلاق ثم لم تكن الفيئة الا من فعله فكذلك الطلاق وقد مضى ذكر الحجاج في اول
الكتاب مستوفى وبالله التوفيق

باب ايلاء الخصي والمجبوب

قال الشافعي واذا آلى الخصي من امرأته فهو
كغير الخصي اذا فئ بعد ذلك ما ينال من المرأة ما يبلغ الرجل حتى يغيب الحشفة اما
الخصي فهو المسلول الانثيين السليم الذكر فايلاؤه صحيح كايلاء الفحل لانه يقدر
على الاصابة لقدرته بل ربما كان جماعه اقوى وامد لعدم انزاله وقيل انه قد يحبل
ما ربما صغيرا ولذلك لحق به الولد فيوقف ثم يطالب بالفيئة او الطلاق وفيئته الجماع دون
اللسان لقدرته على الاصابة فان ادعى العنة حلف كالفحل اذا ادعاها وهكذا
ان لا يبدأ بحصانه حصول على الايلاء لا يؤثر فيه الخصا لسلامته لم يؤثر في الايلاء
فالاولى انه لا يؤثر فيه الاستثناء **مسئلة** قال الشافعي ولو كان مجبوبا
فله في ايلاء ان لا شيء عليه غير فيئة لسان لانه ممن لا يجامع مثله وقال في الاملاء
لا ايلاء على المجبوب لانه لا يطيق الجماع ابدا قال المزني اما المجبوب فهو المقطوع
الذكر السليم الحشفة والممسوح فهو المقطوع الذكر السليم الانثيين وهما
في حكم الايلاء سواء ولهما حالتان احداهما ان يقطع الذكر ... ان يقطع

بعضه وبقي منه قدر ما يولج به فايلاؤه صحيح كايلاء الفحل السليم وفيئته بالايلاج بالباقي
من ذكره ان كان بقدر الحشفة مثل ان يخرج الايلاج السليم ويخرج الباقي منه
مخرج الذكر الصغير فان كان الباقي منه اكثر من حشفة السليم ففي قدر ما يلزمه ايلاجه
وجهان احدهما جميعه والثاني قدر الحشفة والحالة الثانية ان يولج جميعه ففيه
وجهان احدهما لا ايلاء عليه قال في الاملاء لانه لم يحلف بمنع من جماع وجب
فعلى هذا لا وقف ولا مطالبة والقول الثاني قاله ههنا وفي كتاب الام يكون
موليا لانه قصد الاضرار بقوله ان كان عاجزا قاصدا بعقده الاضرار فعلى هذا
كالمريض فعلى هذا يوقف لها مدة التربص ثم يطالب بعدها بالفيئة او الطلاق
اذا طالبته بعذر باللسان فيقول لست اقدر على الوطء ولو اقدرني الله
عليه لوطئت فيسقط بهذا الفيئة حكم الايلاء ولم يحنث بها الاشارة انه لم يجمع **مسئلة**
قال الشافعي ولو آلى صحيحا ثم جب ذكره فلها الخيار في المقام معه او فراقه
اما اذا آلى الفحل السليم ثم خصي فهو على ايلائه لان الخصاء لم يمنع ابتداء
الايلاء فاولى ان لا يمنع من استدامته فاما اذا آلى ثم جب ذكره فلها خيار الفسخ
لانه عيب من وقته لانه احد عيوب الازواج الموجبة لاستحقاق الفسخ وسواء كان
قد اصابها قبل الجب او لم يصبها فانها تستحق به الفسخ بخلاف العنين اذا اصاب قبل
العنة حيث لم يجب لها الفسخ لان اصابة العنين تمنع من صحة عنته واصابة
المجبوب لا تمنع من صحة جبه وان فسخت بالجب سقط حكم الايلاء وان لم تفسخ بالجب ففي سقوط
الايلاء قولان احدهما قد سقط ايلاؤه بحدوث الجب اذا قيل انه يسقط اذا تقدم
الجب فعلى هذا اسقط الباقي من مدة التربص ولا يستحق عليه المطالبة بفيئة ولا
طلاق والقول الثاني ان الايلاء لا يسقط اذا تقدم الجب فعلى هذا استكمل الوقف
ثم يطالب بعده بالفيئة او الطلاق وفيئته فيئة معذور باللسان على ما شرح من حال ... عليه

كتاب الظهار

باب من يجب عليه الظهار ومن لا يجب

قال الشافعي قال الله تعالى الذين يظاهرون من نسائهم الآية اما الظهار فهو مشتق
من الظهر وهو ان يقول انت علي كظهر امي اي ظهرك محرم علي كتحريم ظهرها وخص الظهر
لاختصاصه بالركوب وقد كان الظهار طلاقا في الجاهلية لا رجعة بعده وذلك كالايلا
واختلف اصحابنا هل عمل به في صدر الاسلام قبل نزول ما استقر عليه حكمه فقال
بعضهم عمل به ثم نسخ وقال اخرون لم يعمل به حتى بين والسبب في نزول حكمه ما رواه
قتادة عن انس بن مالك ان اوس بن الصامت ظاهر من امراته خولة بنت ثعلبة فشكت
ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ظاهر مني حين كبر سني ورق عظمي وفي رواية
بعد ان نثرت له كبدي وتبعت منه ولي منه صبية ان ضممتهم اليه جاعوا وان اضممتهم ٤
اليه ضاعوا الى الله اشكوا عجري وبجري اي همومي واحزاني قال انس فانزل الله
تعالى اية الظهار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاوس اعتق رقبة فقال ما لي بذلك
يد قال فصم شهرين متتابعين قال اما اني اذا اخطاني ان اكل في اليوم ثلث مرات كل
بصري قال فاطعم ستين مسكينا قال ما اجد الا ان تعينني منك بعون وصلة فاعانه
قال فاعانه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر صاعا حتى جمع الله له والله
غفور رحيم وروى هشام ابن حسان عن ابن سيرين قال اول من ظاهر في الاسلام
زوج خولة فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ما انا في هذا بشي
فقالت يا رسول الله ما ادري وجعلت تشكو الى الله فبينا هي كذلك اذ نزل القران
قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
ثم حبس الوحي فانصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ارسل اليها فقالت ما اجد رقبة
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو كذلك فبينما هو كذلك اذ نزل الوحي فمن لم
يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا ثم حبس الوحي فانصرف رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى اهله ثم ارسل اليها فقالت ما استطيع قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم فهو كذلك فبينما هو كذلك اذ نزل الوحي فمن لم يستطع فاطعام
ستين مسكينا فانصرف اليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ما اجد يا رسول الله
صلى الله عليه وسلم انا سنعينه

قال الزهري فما نزلت هذه الايات الثلث فالاولى في قصتها والثانية في قصته والثالثة
في بيان حكم كل مظاهر لكونها عامة فقصدا عموم السبب في نزول اية الظهار وبيان
حكمه ثم حدثت قصة اخرى بعد استقرار حكم الظهار وهو ما رواه سليمان ابن
يسار عن سلمة ابن صخر قال كنت امرا اصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر
رمضان خفت ان لا انزع عنها الى ان يدركني الفجر فتظاهرت منها حتى ينسلخ فبينا في ليلة
قمراء فانكشف منها شيء فما لبثت ان نزوت عليها ثم انطلقت الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فقال اعتق رقبة فقلت والذي بعثك بالحق نبيا
ما املك رقبة غير هذه وضربت صفحة رقبتي قال فصم شهرين متتابعين فقلت
وهل اصابني ما اصابني الا من الصوم فقال اطعم ستين مسكينا فقلت يا
رسول الله لقد بتنا ليلتنا هذه وما لنا طعام نأكله فقال اذهب الى صدقة
بني زريق فخذ منها فاطعم منها ستين مسكينا وكل انت واهلك الباقي فيجتمع في خبر
خولة مع اوس ابن الصامت بيان حكم الظهار وما نزل فيه من القران وفي خبر
سلمة بن صخر وطي امراته بعد استقرار حكمه وظهور ما نزل فيه مسئلة قال الربيع
كل زوج جاز طلاقه وجرى عليه الحكم من بالغ جرى عليه الظهار حرا كان او عبدا
او ذميا وهذا كما قال يصح ظهار الذمي كما يصح ظهار الحر المسلم وقال مالك لا
يصح ظهار العبد وقال ابو حنيفة لا يصح ظهار الكافر استدلالا بقوله تعالى الذين
يظاهرون منكم من نسائهم وليس الكافر منا ولانه مما يخرج من الظهار بالعتق دار كان مسلما
فهو عندهما اخص بفضيلة التمييز والتشريف ثم قال وانهم ليقولون منكرا من القول
وزورا فجعله بالظهار قائلا للمنكر او زورا والكافر قائل بالشرك وجحد النبوة
وهو اعظم واغلظ ثم قال وان الله لعفو غفور والكافر لا يتوجه مثل
هذا الخطاب عليه ثم امر المظاهر بالكفارة وهي عتق رقبة وهي النص من العبد
لا تنعقد كم لا اسلام ولا من الكافر لان الرقبة التي يعتقها يجب ان تكون مؤمنة
والكافر لا يجد عبدا مسلما ثم قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والصوم لا يصح

من الكافر فدلت هاهنا في الاثبات على خروج العبد منها عند مالك وعلى خروج الكافر
منها عند ابي حنيفة ثم ان ابا حنيفة دل على ان التكفير لا يصح منه والاصح الظهار
واستدل على ان التكفير لا يصح بما تقدم ذكره من الاية بانها عبادة تفتقر الى النية
فلم تصح من الكفار كالزكاة ولان التكفير يغطي الذنب واسقاط المأثم ولهذا لا
يصح من الكافر واستدل على هذا البناء بان من لم يصح منه التكفير لم يصح منه الظهار
ودليلنا قول الله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا ومن الاية دليلان احدهما عمومها المتعلق على المسلم والكافر
والثاني قوله ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتوجيه ذلك الى الكافر في ابتداء الايمان
احق من توجيهه الى المسلم في استدامة الايمان فان قيل سوال الاحوال الا ان يكونا فيها سوا
فان قالوا نقصد الاية وان جاز ان تكون عامة في المسلم والكافر فالاية التي قبلها
في المسلم دون الكافر ومن مذهبكم حمل المطلق على المقيد فلزمكم ان تحملوا عموم الثانية
على خصوص الاولى قيل انما نحمل المطلق على المقيد ان سلمنا ان الاولى خاصة اذا كان
الحكم فيهما واحدا فاما في الحكمين المختلفين فلا نحمل المطلق فيها على المقيد والحكم في
الايتين مختلف لان الاية الاولى في تحريم الظهار والثانية في حكم الظهار
فان قالوا فانما معطوفة على الاولى وحكم العطف حكم المعطوف عليه قلنا هذا
فيما لا يستقل بنفسه فاما ما يستقل لم يشارك المعطوف عليه في حكم الا تراه لو قال
اضرب زيدا وعمرا كان عمرو معطوفا على زيد في الضرب لان ذكره غير مستقل
ولو قال اضرب زيدا واكرم عمرا لم يصر عطفا في الحكم لانه مستقل وان كان
عطفا عليه في الذكر وان الظهار طلاق في نقل الحكم فصح من المسلم والكافر
كالايلاء ولان من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم ولان ما صح من المسلم في حق [illegible] حتى
صح من الكافر كالطلاق ولان [illegible] الاحكام المختصة بالنكاح خمسة الطلاق
والظهار والايلاء والعدة و[illegible] ثم ثبت انما يساوي المسلم والكافر
في سائرها وجب ان يساويه في الظهار فاما الجواب عن قوله تعالى

المحرم
الذين يظاهرون منكم من نسائهم من وجهين احدهما انا نقيسه من انهما واردة في
وهو مخصوص المسلم والتي بعدها في الحكم وهي تعم المسلم والكافر والثاني
انها وان خصت المسلم نطقا فقد عمت المسلم والكافر حكما اما نسبها واما بيانا
كما قال يا ايها الذين امنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن
فما لكم عليهن من عدة تعتدونها وان الكافر كذلك واما قوله وانهم ليقولون منكرا
من القول وزورا فهذا القول بالكافر احق وليس اذا قال الكافر منكرا وزورا
لم يعد بالظهار منكرا وزورا فان قيل فما يقوله الكافر من المنكر والزور اعظم [illegible]
في الكفار فان [illegible] الظهار [illegible] ليس [illegible] الكفارة لتغليظ
المنكر [illegible] الا ترى ان ردة المسلم اذا تاب منها اعظم من ظهاره ان
ولا يدل سقوط الكفارة عنه في ردته على سقوطها عنه في ظهاره واما قوله
وان الله لعفو غفور ففيه جوابان احدهما عفو عن الكفارة بسقوطها اذا ادى
والثاني عفو المسلم واما قولكم انه لا يصح منه الكفارة لانها عتق مسلم عندكم
وهو لا يملك مسلما فهم يقولون يجزي عتق كافر وهو ملك الكافر فعلى انه قد
يصح منه عتق المسلم اذا ارتد عبد مسلما واما بان يكون العبد كافرا في يده
فيسلم في ملكه واما بان يقول للمسلم اعتق عبدك عني فيعتقه المسلم فيجزي وينوا لهم
لا يصح منه الصوم فيها لانه قربة وليس اذا لم يصح منه الصوم في الكفارة لم
يجب عليه الكفارات كالمرتد والكفارة بالقتل وقياسهم على الصلاة والصيام
فالمعنى في الاصل انها عبادة محضة في الكفارة مع العبد حق لادمي وقوله انها
تغطيه للذنب وتكفير المأثم ففي ذلك في حق المسلم وعقوبة في حق الكافر الا ترى قول
النبي صلى الله عليه الحدود كفارات لاهلها [illegible] في حق المسلم وعقوبة
في حق الكافر واما الجواب عن بنا الظهار على التكفير فمن وجهين احدهما
انتقاضه بالمرتد يصح منه الظهار ولا يصح منه التكفير اذا لم يعد فلم يعتبر به
[illegible] ان التكفير يصح منه بغير الصوم [illegible]

على المجنون والمعنى فيه انه لا يصح طلاقه فلذلك لم يصح ظهاره واما من يصح طلاقه فيصح ظهاره **فصل** فاذا ثبت ان ظهار العبد والكافر صحيح فالزوج البالغ العاقل يصح ظهاره فتكون صحته معتبرة بشرطين هما البلوغ والعقل كالطلاق واما الصبي والمجنون فلا يصح ظهارهما لارتفاع القلم عنهما **مسئلة** قال الشافعي رضي الله عنه ولو تظاهر من امرأته دخل بها او لم يدخل يقدر على جماعها او لا يقدر بان تكون حائضا او محرمة او رتقا او صغيرة واما الزوجة التي يصح الظهار منها فهي التي يقع الطلاق عليها وذلك بان تكون زوجة سواء كانت مسلمة او كافرة حرة او امة صغيرة او كبيرة عاقلة او مجنونة لانا نعتبر البلوغ والعقل في الزوج ولا نعتبرهما في الزوجة قال الشافعي دخل بها او لم يدخل ردا على قوم زعموا ان الظهار لا يصح الا بعد دخوله بها وهذا قول من زعم ان الظهار العود فيه الى الوطي ثانية بعد اولى فاذا تعذر دخوله بها عند ظهاره فوطيها لم يكن عودا لانه الوطي الاول فما لم يوجد فيها العود لم يصح منها الظهار والكلام عليهم ياتي في العود وعلى انه ليس يلزم ان يكون كل مظاهر عائدا لجواز ان يصح الظهار من لا يوجد منه العود ثم قال الشافعي يقدر على جماعها او لا يقدر بان تكون حائضا او محرمة او رتقا او صغيرة وهذا قاله ردا على اخرين زعموا ان الظهار لا يصح الا ممن يمكن جماعها في الحال ولا يصح ممن امتنع جماعها لصغر او رتق او لحيض حرام او حيض لتحريم بالظهار ما لم يحرم الظهار منه فاشبه وهذا فاسد لان الظهار كان طلاقا فنقل حكمه مع بقاء محله والطلاق يقع عليهن فصح الظهار منهن **مسئلة** قال الشافعي رضي الله عنه ولو تظاهر منها وهي في عدة يملك رجعتها فذلك كله سوا قال المزني معنى ان يكون معنى قوله في التي يملك رجعتها ان كل يلزمه ان راجعها لانه يقول لو تظاهر منها ثم اتبع التظاهر طلاقا يملك فيه الرجعة لم يكن كفارة عليه الى اخر الفصل اذا ظاهر من المطلقة لم يخل طلاقها من احد امرين اما ان يكون باينا او رجعيا فان كان باينا لم يصح الظهار منها لانه لا يقع الطلاق عليها لخروجها من حكم الزوجات وان كان طلاقا رجعيا

219

صح الظهار منها فقد بانت باستئناف
نكاح صادف ظهاره بعد انقضاء عدتها منه لم يصح الظهار منها وان كان الطلاق رجعيا نظر فان راجعها في العدة صح الظهار لانها لما وقع الطلاق عليها في العدة وان بانت في العدة صح الظهار مسلم صحة الظهار منها في العدة كالزوجة الا انه لا يكون عائدا مع صحة الظهار حتى يراجع لان العود ان يمسكها بعد الظهار زوجة من غير تحريم ثم وجبت الفرقة وهذه في العدة غير زوجة ثم قد حرمت فلم يصر بظهاره عائدا ولان لو كان هو متلفظا قبل الطلاق ثم اتبعه بطلاق رجعي لم يكن عائدا ولذلك كان اذا كان هو متلفظا في طلاق رجعي واذا صح انه لا يكون عائدا وان صح ظهاره ما لم يراجع فالكفارة عليه لان الكفارة تجب بالعود **فصل** فاذا ثبت ان ظهارها في العدة صحيح وانه لم يكن عائدا بعد الظهار فهو على حالين احدهما ان يراجعها في العدة والثانية ان لا يراجعها فان راجعها عاد حكم الظهار فيه وصار عائدا وفي ماذا يصير لما النكاح الذي ظاهر فيه وعاد الظهار فيه وصار عائدا بنفس الرجعة لان الرجعة عائد انه قول ان احدهما قاله في الام يصير عائدا بنفس الرجعة لان الرجعة اوكد من امساكها زوجة بعد الظهار لانه ابلغ في التمسك بعصمتها من امساكها فكان بان يصير عائدا اولى فعلى هذا تجب الكفارة عليه بمجرد الرجعة حتى لو راجعها ثم طلقها في الحال لم تسقط عنه الكفارة والقول الثاني قاله في الاملاء انه لا يكون عائدا بنفس الرجعة حتى يمضي عليه بعدها زمان العود وهو امساكها بعد الرجعة حتى يمضي زمان التحريم بالفرقة وانما لم يكن عائدا الا بالامساك بعد الرجعة لان العود ان يمسكها زوجة عن تحريمه وليس يمسكها زوجة الا بعد الرجعة فعلى هذا الوقوع الرجعة طلاقا لم يصر عائدا او لم يطلقها حتى مضى عليه زمان التحريم صار حينئذ عائدا ثم وجبت عليه الكفارة ولو امهلها بعد الرجعة حتى مضى عليه زمان التحريم وجبت عليه الكفارة واما الحال الثانية وهو ان لا يراجعها حتى تمضي العدة فقد بانت فان تزوجها بعد ذلك باستئناف نكاح فهل يعود حكم الظهار ام لا على قولين احدهما وهو قوله في القديم كله واحد من نكاحها بعد ذلك انه لا يعود في النكاح الثاني والقول الثاني قاله في الجديد ان الظهارة في النكاح الاول يعود في النكاح الثاني

في الجديد لا يعود دون مضي يوجبه القولين واذا ابتدأ الظهار لا يعود بنفسه
بطل حله وحل له اصابتها الا انه لم يعد فلم تجب واذا ابتدأ الظهار يعود صار
عائدا او ما اذا لم يصر عائدا على وجهين مخرجين من القولين في الرجعة احدهما
يصير عائدا بنفس النكاح ووجب عليه الكفارة فلو تبع النكاح طلاقا لم تسقط الكفارة
والوجه الثاني انه لا يكون عائدا الا ان يمضي بعد النكاح زمان العود فلو اتبع
النكاح طلاقا لم يعد ولم تجب عليه الكفارة **فصل** واما المزني فقد اختلف
اصحابنا في مراده بكلامه فقال البغداديون اراد به ان الظهار في عدة
الرجعة لا يكون ظهارا الا بعد الرجعة فلو تعلق الشافعي في مذهبه ومحتجا
بانه لما لم يكن عائدا الا بعد الرجعة كذلك لا يكون مظاهرا الا بعد الرجعة وهذا
خطأ لان شرط الظهار ان يصادفها في الزوجية وهذه جارية في احكام الزوجية
فصح ظهاره منها لوجود شرطه وشرط العود ان يمسكها عقيب تحريمه وهذه محرمة
فلم يصر عائدا لعدم شرطه فافترقا وقال البصريون بل توهم المزني ان الشافعي
حين جعله مظاهرا في العدة جعله عائدا فيها فتكلم عليه وهذا وهم على الشافعي
وليس بمخالف له لان الشافعي وان جعله مظاهرا قبل الرجعة لم يجعله عائدا
الا بعدها والله اعلم **مسألة** قال الشافعي ولو تظاهر من امرأته وهي
امة ثم اشتراها فسد النكاح والظهار بحاله لا يقربها حتى يكفر لانها لزمته
وهي زوجته وصورتها ان رجلا ظاهر من زوجته وهي امة فظهاره منها
صحيح كما ان طلاقه عليها واقع فاذا اشتراها بعد ظهاره فعلى ضربين احدهما
ان يكون الشرى بعد مضي زمان العود فوجوب الكفارة مستقر لا بطل النكاح بالملك
ولا تسقط الكفارة بالشراء لوجوبها قبله وهي محرمة عليه بعد الشراء والملك حتى يكفر
كما كانت محرمة عليه قبل الشرى بالملك عنه اذ ليس اباحة الشراء لها بعد
الشرا تحريمها قبله وكالمطلقة ثلثا اذا اشتراها لم تحل له فلو اعتقها
في كفارة اجزاه وان كانت سببا في وجوبها عليه كما لو نذر ان ملك امة
ان يعتقها فملكها جاز ان يعتقها عن نذره وان كانت سببا لوجو

نذره والضرب الثاني ان يشتريها قبل العود وذلك بان يشتريها عقيب
ظهاره من غير فصل ففي عوده وجهان احدهما وهو الظاهر من كلام الشافعي
ههنا انه يصير عائدا بالشرا لان العود ان يمسكها بعد الظهار بلا تحريم وقد صار
ولهذا الشري يحل له اصابتها لان استباحتها بالملك اقوى من استباحتها بالنكاح
فعلى هذا قد وجبت عليه كفارة العود وحرم عليه اصابتها حتى يكفر ولو اتبع
الشرا عتقها لم تسقط عليه الكفارة والوجه الثاني وهو قول ابي اسحق المروزي
انه لا يكون بالشرا عائدا ولا بعده وقد سقط حكم ثبوت الملك لان العود ان يمسكها
زوجة بعد الشرى بعقب الظهار خارجة من الزوجية ولان الشرى ارفع للزوجية
من الطلاق الرجعي وان العود رافع للظهار فلما لم يصح الظهار الا في حال الزوجية
لم يصح العود الا في حال الزوجية قال ابو اسحق وهذا هو الظاهر من كلام الربيع
دون تعليله بانها لزمته وهي زوجة دليل على انه حرمها عليه لوجوب الكفارة
وهي زوجة فعلى هذا لا يصير عائدا بالشرى ولا تجب عليه الكفارة ويحل
له اصابتها التي تقدم ظهارها ووجدت لبعض اصحابنا وجها ثالثا
وهو ان قال ان كان الشرى عقيب الظهار بان ابتدأ الزوج بالطلب فقال
للمالك بعنيها فقال قد بعتك لم يكن عائدا لانه شرع عقيب ظهاره فيما يرفع الزوجية
فلم يكن عائدا كما لو شرع في الطلاق وان ابتداه المالك عقيب ظهاره
بالبذل فقال قد بعتكها فقال الزوج قد قبلت صار عائدا لان بذل المالك
غير منسوب الى فعل الزوج فصار الزوج في زمان البذل ممسكا عن رفع الزوجية
وما بعد البذل لتردد قبوله الرافع للزوجية كان بعد مضي زمان العود
فلذلك صار عائدا ووجبت عليه الكفارة ومنع منها حتى يكفر ولهذا الوجه
وجه والله اعلم **مسألة** قال الشافعي والكلام المغلوب على عقله الا من سكر
قال المزني وقال في القديم ان ظهار السكران ... احدهما المزمنة
والاخرى لا يلزمه قال المزني يلزمه اشبه ... وبلزم الالزمه اشبه

[illegible]

لا اختلاف بين الفقهاء ان المجنون والمغمى عليه والنائم لا يقع طلاقهم ولا يصح
ظهارهم فاما السكران فله حالتان احدهما ان يكون سكره من غير معصية كمن
شرب شرابا ظنه غير مسكر فكان مسكرا او اكره على شرب المسكر او شرب دواء
فاسكره فهذا كالمغمى عليه في انه لا يقع طلاقه ولا يصح ظهاره والحال الثانية
ان يكون سكره معصية وهو ان يقصد شرب المسكر فيسكر فقد اختلف الناس في طلاقه
وظهاره فمذهب الشافعي في الجديد والقديم وما ظهر في جميع كتبه ونقله
عنه سائر اصحابه غير المزني ان طلاقه وظهاره واقع كالصاحي ونقل المزني
عنه قولا ثانيا في القديم ان طلاقه وظهاره لا يقع فاختلف اصحابنا فيما
نقله عنه فاثبته بعضهم وقال انما انفرد المزني بروايته وغلط في نقله
ونفاه الاكثرون وقد امتنعوا من تخريجه قولا ثانيا لان المزني وان كان ثقة ضابطا
فليس من اصحابه في القديم ومذهبه في القديم اما ان يكون ماخوذا من كتبه القديمة
وليس فيها هذا القول واما ان يكون منقولا عن اصحاب القديم وهم الزعفراني
والكرابيسي وابو ثور واحمد بن حنبل واعارف ابن سريج القفال وابو عبد الرحمن
الشافعي ولم ينقل عن واحد منهم هذا القول فلم يجز ان يضاف الى الشافعي ويجوز
ان يكون سمعه من بعض اصحاب القديم مذهبا له فوهم ونسبه الى
لان ابا ثور يرى ذلك مذهبا لنفسه فصار مذهبه قولا واحدا في الجديد
والقديم ان طلاق السكران وظهاره واقع وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب
وعلي بن ابي طالب واحدى الروايتين عن ابن عباس ومن التابعين سعيد
ابن المسيب والحسن ومجاهد وسليمان بن يسار ومن الفقهاء مالك بن
انس في اكثر اهل المدينة والاوزاعي في اكثر اهل الشام والنخعي والثوري وابو
حنيفة في اكثر اهل العراق وقال المزني طلاق السكران وظهاره لا يقع
وبه قال من الصحابة عثمان بن عفان واحدى الروايتين عن ابن عباس
ومن التابعين عمر بن عبد العزيز ومن الفقهاء الليث بن سعد

وداود بن علي وعثمان البتي وابو ثور واستدلوا على انه غير ماخوذ بطلاقه
وظهاره كالمغمى عليه بان ماعزا اقر عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا فقال
لعلك لمست لعلك قبلت قال لا قال ابه جنة قال لا قال استنكهوه ليعلم
هل كان حال سكره من صحوه ولولا افتراق حكم السكر والصحو لما كان لامره بذلك
تاثير واستدل المزني بما سنذكره والدليل على وقوع طلاقه وظهاره مع
عموم القران فيهما ما اجمعت الصحابة عليه حين قال لهم عمر بن الخطاب ارى الناس
قد تتابعوا في شرب الخمر واستهانوا بحده فماذا ترون فقال علي بن ابي طالب
ارى ان تحده ثمانين حد المفتري لانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا
هذى افترى فوافقوه جميعا على قوله وحده عمر ثمانين بعد ان كان يحده اربعين
فكانت الزيادة اما تعزيرا او حدا لغيره وايهما كان فقد اجمعوا على اثبات
افترائه في سكره وثبوته لا جرا حكم الصاحي عليه فدل ذلك على طلاقه وظهاره ولان
وقوع طلاقه وظهاره تغليظ وسقوطهما تخفيف والسكران عاص فكان بالتغليظ
اولى واحق من التخفيف ولان السكران متردد بين اصلين احدهما الصاحي
والاخر المجنون فكان الحاقه بالصاحي لتكليفه ووجوب العبادات عليه وتنفيذ
وعيده ومواخذته بردته وقذفه اولى من الحاقه بالمجنون الذي لا تجري عليه
هذه الاحكام فاما الجواب عما ذكره من استنكاهه ماعزا فهو ليعلم سكره شبهة
تدرا الحد عنه لان الحدود تدرا بالشبهات وان كان لقوله حكم

فصل

فاذا صح ما ذكرنا من وقوع طلاقه وظهاره فقد اختلف اصحابنا في العلة
الموجبة لوقوع طلاقه وظهاره على ثلاثة اوجه احدها ان العلة فيه عدم
عذره بزوال عقله في سكره وهذا قول ابي العباس ابن سريج فجرى مجرى الصاحي
في جميع ما يضره كالطلاق والظهار والعتق وفي جميع ما ينفعه كالرجعة
وطلب الشفعة وسائر العقود ولكن هو ماخوذ بذلك في ظاهر الحكم
وفي الباطن فيما بينه وبين الله تعالى بلا فرق في وجود ذلك منه
من حال الاصحاء وحال السكر والوجه الثاني ان العلة فيه التغليظ عليه

لاجل المعصية بسكره تعلق بضده انقسم افعاله ثلاثة اقسام قسم هو عليه كالطلاق
والظهار والقذف يقع منه ويؤخذ به كالصاحي تغليظا وقسم هو له كالرجعة
وطلب الشفعة فلا يصح منه لان صحته منه تخفيف عليه كما ان ابطال الطلاق والظهار
تخفيف عليه وابطال ذلك تغليظ عليه وقسم ثالث يكون له وعليه وهو عقود بياعاته
واجاراته ومناكحه فان كان ابطالها كان تصحيحها منه تغليظا عليه فصحت منه وان كان
ابطالها بما كان تصحيحها منه تخفيفا عليه قال ابو حامد المروروذي كنت اذهب الى هذا
الوجه حتى وجدت للشافعي في كتاب الرجعة ان رجعته صحيحة والوجه الثالث ان افعاله
منه وجود البينة بكذبه فيما اظهر من سكره فعلى هذا يصح جميع ذلك منه في ظاهر الحكم
فيما له وعليه ويكون في الباطن مدينا فيما بينه وبين الله تعالى فعلى هذا ان تيقن انه لم يعلم
ما لفظ به من طلاقه وظهاره وعتقه جاز له فيما بينه وبين الله تعالى وطي زوجته
اذا قدر عليها وبيع عبده اذا ملكه ولو جاز ان يخبر الصادق بصحة سكره
لالزمه ذلك في الظاهر كما لا يلزمه في الباطن **فصل** فاما المزني فانه احتج
لما ذهب اليه من رد افعاله واقواله وابطال طلاقه وظهاره باربعة اشياء
احدها علة جواز الطلاق عنده ارادة المطلق ولا طلاق عنده على مكره لارتفاع
ارادته والسكران الذي لا يعلم معنى ما يقول لا ارادة له كالنايم فلم يصح طلاقه وعن
هذا ثلاثة اجوبة احدها ان علة طلاقه ما قدمناه من العلل التي اصحابنا فيه فكان
ما ادعاه ممنوعا والجواب الثاني ان ما ادعاه من ان علة الطلاق ارادة
المطلق خطا فاسد لان ارادة الطلاق غير معتبرة في الصاحي اتفاقا ولو طلق
غير مريد وقع طلاقه فلم يجز ان تكون الارادة علة لوقوع الطلاق وانما لم يقع
طلاق المكره والنايم والمجنون لان معهم على ظاهر امرهم بعد وروده يدل على
خروجهم من اهل الارادة وليس مع السكران علم ظاهر هو معذور به
فيه يدل على خروجه من اهل الارادة والجواب الثالث ان
ارادة المطلق لو جعلها علة في اثبات الطلاق فلا يجوز ان يقتصر عليها لان الاسلام
ان علة الاثبات ضد علة الاسقاط وجمعه من السكران والنايم لا يصح

222

من ثلاثة اوجه احدها ان النوم طبع في الخلقة لا يقدر على دفعه عن نفسه وليس
كذلك السكران والثاني ان العلم بالنوم مرفوع وليس كذلك السكر والثالث
ان النوم لا يتعلق به ماثم وتفسيق وليس كذلك السكر **فصل**
والسؤال الثاني قال المزني فان قيل لانه ادخله على نفسه قيل او ليس وان ادخله
على نفسه فهو كالمعنى ما ادخله عليه غيره من ذهاب عقله وارتفاع ارادته وهذا الوجه
خطا من وجهين احدهما انه معذور فيما ادخله عليه غيره وليس بمعذور فيما ادخله على نفسه
ولا يجوز ان يجمع بين حكم المعذور وغير المعذور والثاني انه ياثم بما ادخله على نفسه ولا
ياثم بما ادخله عليه غيره ولا يجوز ان يجمع بين الاثم وغير الاثم قال المزني ولو اثر في حكمهما
في المعنى الواحد اختلاف سببه من نفسه وغيره لاختلف حكم من جن بسبب نفسه وحكم من جن
بسبب غيره فيكون طلاق بعض المجانين والجواب عنه انا كذلك نقول في المجنون والمكره
لانه اذا ادى الغفلة بشرب سم او دواء لا يخلو حاله فيه من احد امرين اما ان يكون عالما به او غير عالم
فان كان غير عالم بانه يسكر لم يقع طلاقه فهذا استويا في ان طلاقهما مع عدم العلم لا يقع
لا يقع وان علم ان ما تناوله من الدواء يسكر كما يعلم ان الشراب الذي تناوله مسكر فهذا
على ضربين احدهما ان تدعوه الضرورة اليه لانه دواء المعتبر فلا يكون سكره بهذا الدواء
مؤاخذا ولا يقع طلاقه فيه ولو كان مثله في شراب السكر لم يكن ... انه اذا ادى
له عذر فقد اختلفا في انه اباحه شربه له عند هذه الضرورة على وجهين احدهما انه
يصير مباحا له كغيره من الادوية المسكرة من البنج وما جرى مجراه فعلى هذا لا يقع طلاقه
كما لا يقع طلاق من سكر بغيره من الادوية التي لا حد فيها اذا استويا والوجه
الثاني انه لا يكون مباحا وان كان له فيه نفعا لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال ما جعل شفاء
امتي مما حرم عليها فعلى هذا يقع طلاقه والفرق بين سكر الشراب ومن سكر الدواء
والمسكر مع اشتراكهما في انه ... من وجهين احدهما ان شراب المسكر للتداوي
يدعو اليه شهوة وشرب للتداوي لما ... والمسكر من شراب الدواء في التداوي يدعو الى

شربه في معنى الشدائد لنفور النفس عنه والثاني ان مع سكر الشراب لذه مطربه
وليس مع سكر الدوا هذه اللذه المطربه فافترقا لسكران من هذين الوجهين والضرب
الثاني ان شرب الدوا المسكر قصدا لسكره من غير حاجه دعته اليه شربه ففي سكره وجهان
احدهما انه كسكر من الشراب يقع طلاقه به ويلزمه حكم فعله هذا اذا استويا والوجه
الثاني انه لا يقع طلاقه بخلاف سكر الشراب وان اشتركا في المعصيه للفرقين المتقدمين
احدهما ان في سكر الشراب لذه مطربه تدعو الى ارتكاب المحظور واثاره العداوات
وهذا المعنى معدوم في شرب الدوا والثاني ان النفس تميل وتدعو الى شرب الشراب
فيحتاج لتغليظ على كثيره وان النفوس تنفر عن شرب الدوا فاستغنى عن التغليظ والعرض
اوجبنا الحد في سكر الشراب ولم نوقعه في سكر الدوا وجعلنا سكر الدوا كالجنون ولم نجعل
سكر الشراب كالجنون وهذا الجنون ان ادخله على نفسه من غير قصد فهو كالداخل عليه
بغير فعله وان دخل على نفسه بقصده ففيه وجهان احدهما انه يكون مواخذا بالجنايه
وبطلاقه وظهاره لمعصيته كالسكران والوجه الثاني لا يكون مواخذا بالاحكام ولا يقع
طلاقه وظهاره بخلاف السكران لما قدمناه من الفرق بينهما وقد ذكر المزني في مسائل المنثور
عن الشافعي ان رجلين لو تناطحا فانقلب دماغ الناطح والمنطوح ثم طلقا امراتيهما
ان طلاقهما يقع ويستوي بين الناطح والمنطوح في ابطال الطلاق عنهما وان كان الناطح عاصيا
والمنطوح غير عاص فصل والسوال الثالث قال المزني فان قيل فرض الصلاه
يلزم السكران ولا يلزم المجنون قيل وكذلك فرض الصلاه يلزم النايم ولا يلزم المجنون فهل
يجيز طلاق النوام لوجوب فرض الصلاه عليهم فان قال لا يجوز لانه لا يعقل قيل
وكذلك طلاق السكران انه لا يعقل ما يقول قال الله تعالى لا تقربوا الصلاه وانتم
سكارى حتى تعلموا ما تقولون فلم تكن له صلاه حتى يعلمها ويريدها فكذلك لا طلاق له ولا
ظهار حتى يعلمه ويريده ذكر المزني في هذا السوال فصلين احدهما انه لو لزم طلاق
السكران لانه يلزمه فرض الصلاه ولا يلزم المجنون لوجب اذا لزم طلاق النايم
وطلاقه لا يلزم وان لزمه الفرض فكذا السكران والجواب عنه ان السايل وقع

طلاقه الدوم فرض الصلاه له فنوجب الحاقه بالنايم وانما يوقعه احدى المعاني
الثلاثه اما انه عاص غير معذور والنايم معذور واما انه متعاص يستحق التغليظ
واما انه متهم باظهار سكره كذبا والنايم غير متهم والثاني ان قال ان كان النايم لا
يقع طلاقه لانه لا يعقل والسكران لا يعقل والجواب عنه انه ليس حد السكران عدم الاله
يعقل فصار بخلاف النايم وقد حده الشافعي فقال السكران من عزب عنه بعض ما يعقله
فكان مره يعقل ومره لا يعقل وقال ابو حنيفه السكران من لا يعرف الليل من النهار
والسماء من الارض وهذا بعيد ان يوجد في السكران وقال الاوزاعي من لا يعرف رداه من اردية
اخيه وقال احمد هو من خلط في كلامه واذا ثبت المذاهب في حد السكر وقال المزني
فلما انبهام حد خلاف نحمه له وان لم الحد الذي ذكرناه بان به الفرق بينه وبين النايم
والثالث استدل بقول الله تعالى لا تقربوا الصلاه وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون
فلم تكن له صلاه حتى يعلمها ويريدها فكذلك لا طلاق له ولا ظهار حتى يعلمه ويريده فعنه جوابان
احدهما انه استدلال بحاله هي حجه عليه في وقوع الطلاق ومعناه ان الطلاق والشرط
فيها مختلف فلم يجز ان يكون احدهما معتبرا بالاخر لان الصلاه تفتقر الى اجتماع العقل
والتمييز والطلاق لا يسقط الا بزوال جميع العقل والتمييز والسكران خارج من كمال جميع
عقله وتمييزه فلذلك لم تصح صلاته وخارج من زوال جميع عقله وتمييزه فلذلك وقع
طلاقه والجواب الثاني انما جعلها دليلا عليه في وقوع طلاقه لانه خاطبه بالصلاه
اتيانها اذ لا يعلم ولا ينهى عنها الا المجتهد والخطاب على وجهين خطاب مواجهه يختص بالعقلا
وخطاب التزام يدخل فيه جميع العاقل والمجانين ولا يخلو هذا الخطاب من احد امرين اما
ان يكون في حال سكره فهو مواجهه او في غير حال السكر فهو التزام وفي ايهما كان للحجه منه
سكره فصل والسوال الرابع قال المزني وقال الشافعي اذا ارتد السكران لم
يستتب في سكره ولم يقتل فيه قال المزني وفي ذلك دليل ان لا حكم لقوله لانه لا يعقل
فكذلك في الطلاق والظهار لانه لا يعقل ما يقول وهو احد قوليه
في الظهار وهذا عليه اسيله لان الشافعي قد الحب ردته

في حال سكره وان منع من اصابته في سكره فصار يواخذ بالردة يوجب ان يكون مواخذا
بالطلاق فاما اصابته في تاخيرها الى صحوه فقد اختلف اصحابنا فيها على وجهين
احدهما ان تاخيرها استحباب واحتياط ولو اصابه في سكره صح وهذا قول من يجري
عليه حكم الصاحي بماله وعليه والوجه الثاني ان تاخيرها الى افاقته واجب وهو قول من فرق
بين ماله وعليه لان الرد عليه فان الحدود عليها والتوبة له فلم تصح منه الا ان المعهود بالتوبة
زوال الشبهة ووضوح الحق والسكران يعارضه الشبهة ويخفى عليه الحق ولهذا لو ثبت
ردته لم تصح توبته منها والله اعلم **مسئلة** قال الشافعي ولو تظاهر منها
ثم تركها اكثر من اربعة اشهر فهو متظاهر ولا ايلاء عليه يوقف له لما ان يكون المتظاهر
به موليا ولا المولي به متظاهرا قال الماوردي وهذا صحيح اذا تظاهر من امراته ولزمته الكفارة
بعوده ومنع من اصابتها الا بالكفارة واخر التكفير حتى مضت اربعة اشهر لم يكن موليا
ولم يجر عليه حكم الايلاء سواء قصد الاضرار بها او لم يقصد وقال مالك ان قصد الاضرار
بها صار موليا وكذلك لو ترك اصابتها اربعة اشهر قصد الاضرار من غير ظهار صار
موليا استدلالا بان المولي انما صار موليا للاضرار بها بالامتناع من اصابتها ولذلك
كل زوج قصد الاضرار بالامتناع وهذا خطا لان الايلاء يمين لم يثبت الا بقصد
الاضرار كسائر الايمان ولانه لو كان موليا بقصد الاضرار لكان موليا وان لم
يقصد كالحالف ولان الظهار والايلاء متنافيان في الحكم لان الظهار يمنع من الوطي حتى
يكفر فان وطي كان عاصيا والايلاء يوجب الوطي قبل ان يكفر فان وطي كان طايعا
فلم يجز ان يجتمع حكماهما ان تنافيا ولما تنافيا امتنع ان يصير المتظاهر موليا
كما امتنع ان يصير المولي متظاهرا وفي هذا القول دليل على فساد الطرد وأما
قوله ان الايلاء قصد الاضرار فغير صحيح لان المولي لا يقدر على الاصابة بعد
الوقف الا بان يلتزم ما ليس بلازم ومن اخر الوطي في الظهار فليس يلتزم ان وطي
ما ليس بلازم فلم يكن موليا **مسئلة** قال الشافعي ولو تظاهر يريد طلاقا
كان ظهارا او طلق يريد ظهارا كان طلاقا وهذه اصول

وهذا كما قال اذا كان الظهار طلاقا في الجاهلية فلا يكون الطلاق ظهارا بالارادة لامور منها
ان الظهار قد كان طلاقا في الجاهلية فنسخ فلم يجز ان يثبت به حكم المنسوخ ومنها ان
يلزم من ظاهر من امراته يريد الطلاق لكنه لم يعلم بنسخه فاجرى عليه حكم الظهار
ولم يوقع عليه بالارادة حكم الطلاق ومنها ان ما كان صريحا في التحريم لم يجز ان
يصير كناية في الحكم غيره لان الحكم لا يتنافى اجتماعهما ولا يفسد بالعتق
حيث جعلناه كناية في الطلاق انه لم يكن صريحا في الحرام فجاز ان يكون كناية فيه
ولا يبطل عليه قوله انت علي حرام حيث صار صريحا في الطلاق والظهار وان كان على احد
القولين كناية في وجوب الكفارة لانه ما كان صريحا في التحريم وهو الظهار وهو غير
صريح في التحريم جاز ان يكون كناية فيه فلم يجز ان يكون كناية في الطلاق لاختلاف الحكمين
مسئلة قال الشافعي ولا ظهار من امة ولا ام ولد لان الله تعالى يقول والذين
يظاهرون من نسائهم كما قال تعالى للذين يولون من نسائهم فلما ثبت انها ليست من نسائنا ولو
لزمها واحد من هذه الاحكام لزمها الظهار وهذا صحيح اذا ظاهر الرجل من امته لم يكن
متظاهرا به قال ابن عمر وهو مذهب ابي حنيفة واكثر الفقهاء وقال مالك يكون
متظاهرا وهو قول علي بن ابي طالب وبه قال الثوري وابو ثور استدلالا بقوله تعالى
وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وهو بالظهار من الامة قائل منكرا وزورا فوجب كالحرة
ان يكون متظاهرا ولانها ذات فرج مباح فصح منها الظهار كالزوجة ولانهما استويا في حكم
قوله انت علي حرام في الحرة والامة فوجب ان يستويا في حكم الظهار فيهما ودليلنا
ما استدل به الشافعي من ان الظهار كان طلاقا للزوجات في الجاهلية فنسخ حكمه فيهن
وانتقل حكمه فيهن وانما ثبت الحكم في الزوجة لم يثبت ذلك الحكم في الامة كالطلاق
ولان من لم يلحقها الطلاق لم يلحقها الظهار كالاجنبية فاما استدلالهم بانه قائل منكرا وزورا
فله ذلك قائل منكرا وزورا وان كان متظاهرا لان الموثق [illegible] قول المنكر والزور من المظاهر
ولا يصير مظاهرا واما [illegible] مظاهرا اذا قال [illegible] والعام مخصوص
[illegible] الخصوص [illegible] من اللفظ [illegible]

بأسهم على الجوهر ما المعنى معه الظهار رشما وتوقع الطلاق عليها كما الفقها
الامه واما استدلالهم باستوائهما في لفظ التحريم والجواب عنه بما يعوله
انت علي حرام يجري مجرى اليمين وهما يستويان في الايمان فلذلك استويا
في لفظ التحريم والظهار يلحق بالطلاق الصريح فلم يستويا في ... والنفوذ

اعلم **باب ما يكون ظهارا وما لا يكون**

قال الشافعي الظهار ان يقول الرجل لامرأته انت علي كظهر امي وهذا صحيح
وهو الظهار عرفا واتفاقا فان قال انت مني او عندي او معي كظهر امي كان
مظاهرا ايضا لان هذه حروف يقوم بعضها مقام بعض فلم يخرج في الظهار عن حكم
الصريح **مسألة** قال الشافعي ولو قال فرجك او راسك او بدنك او رجلك او ظهرك
او جلدك علي كظهر امي كان ظهارا اما قوله بدنك علي كظهر امي او نفسك او ذاتك علي كظهر
امي فهو كقوله انت علي كظهر امي يكون بها مظاهرا وهو الفاظ يعبر بها عن جميع بدنها فصار
كقوله انت علي كظهر امي واما اذا ظاهر من بعض جسدها كقوله فرجك او راسك او بدنك او
رجلك او ظهرك او جلدك علي كظهر امي كان ظهارا اسما جمعا في الطلاق اذا اوقعه
على جميع جسدها وبعض جميعها وسوا كان العضو الذي يظاهر منه يحيا فقد
كاليد والاذن او ما لا يحيا كالشعر والظفر وعلى قول ابي حنيفة لا يكون مظاهرا
الا بالاعضاء التي يحيا فقد ... الطلاق وقد مضى الكلام معه وقد ... المرتع عليه
... **مسألة** قال الشافعي ولو قال انت علي كيد امي او كراس امي او كبدها
كان ظهارا لان التلذذ ... محرم اما معهود الظهار ... ان
يقول انت علي كظهر امي يشبهها بظهرها اذا شبهها بعضو من اعضاء امه فقال انت
علي كراس امي او كبطن امي او كيد امي او كرجل امي او كفرجها فالذي نص عليه ... انه
يكون بذلك مظاهرا تعليلا بان ... محرم وهكذا ... عضو من اعضاء ... او
بعضو من امه فقال ... علي كراس امي او رجل امي او يد ... علي كبد امي
كان مظاهرا ... وقال الشافعي ... من
... النساء المحرمات عليه فقال انت علي كظهر اختي او ...

قولين احدهما انه في الجديد يكون مظاهرا لانها محرمة عليه كامه وقال في القديم
لا يكون مظاهرا لانه عدل عن الام المنصوص عليها الى غيرها فعلى تعليل هذا القول
لو الحق بها انها اذا عدل عن الظهر المنصوص عليه الى غيره هل يخرج فيه هذا
القول انه لا يكون مظاهرا ام على وجهين احدهما يخرج فيه ويكون ممن شبه زوجته بغير
الظهر من اعضائها انه قولان احدهما وهو قوله في الجديد يكون مظاهرا لان الكل محرم عليه
والقول الثاني وهو القديم لا يكون مظاهرا لانه عدل عن الظهر المنصوص عليه
الى غيره والوجه الثاني انه يخرج هذا القول فيه ويكون مظاهرا قولا واحدا
والفرق من بعد وله عن الام الى غيرها ومن عدل عن ظهر الام الى غيره من اعضائها
ان ... التحريم من غيرها ... بان الحرمات ... ان يكون مظاهرا في السنة بعضها
ولعضا انه ... سوا كان مظاهرا في السنة ... وذكر ابو اسحق المروزي
... ما كان من اعضائها مخصوصا بالكرامة والتعظيم
... بقوله انت علي كراس امي او ...
كالراس والذي لا يكون مظاهرا في السنة ...
اي غير مظاهر ... وهذا من اعضائها التي تقصد بالكرامة والتعظيم
كان بها مظاهرا فان صح هذا ... بانه لا يكون مظاهرا ... في الظهار
... مع السنة مظاهرا ... وهو ظاهر قول ابي اسحق المروزي يكون
... مظاهرا وان نواه ... الذي ... والا ... مظاهرا
وان نواه تعليلا بالعرف **فصل** فاما اذا قال انت علي كبدن امي كان مظاهرا
... الطهر وغيره فصار ... ولو قال انت
علي كنفس امي ففيه وجهان احدهما يكون صريحا في الظهار ... مظاهرا الا ان ...
... والوجه الثاني يكون كناية
الطهارة كان مظاهرا وان لم ينوه لم يكن مظاهرا لانه يحتمل ان يريد به الذات
التحريم ويحتمل ان يريد به الكرامة والتعظيم ولو قال انت علي كروح امي

فقد لك اوجه احدها انه يكون صريحا في الظهار لما سبق والثاني يكون كناية لترددها
بين ذلك وبين الاحتمال والوجه الثالث انه لا يكون صريحا ولا كناية لان المذكور لتشبيه الاعيان
الموجبة التي يتعلق بها الحظر والاباحة وهذا قول ابي علي بن ابي هريرة واما ابو حنيفة فانه
يقول اذا شبه زوجته بعضو من امه لا يحل له النظر اليه كان مظاهرا من زوجته وان شبهها
بعضو من امه يحل له النظر اليه لم يكن مظاهرا من زوجته بناء على ما قدمناه من تشبيه عضو
من زوجته بامه واختلافهما فيه بناء على الخلاف في الطلاق وقد مضى **مسالة**
قال الشافعي ولو قال انت علي كامي او مثل امي واراد في الكرامة فلا
ظهار وان اراد الظهار فهو ظهار وان قال لا نية لي فليس بظهار وهذا
من كنايات الظهار وان يقول انت علي كامي او مثل امي انه يحتمل ان يريد مثلها في
الكرامة ويحتمل ان يريد مثلها في وجوب الحق ويحتمل ان يريد مثلها في التحريم فلاجل
هذا الاحتمال جعلناه كناية ان نوى به الظهار كان مظاهرا وان نوى به غير الظهار
من الكرامة والتعظيم لم يكن مظاهرا وان قال لا نية له لم يكن مظاهرا وجملة الالفاظ
في الظهار انها تنقسم اربعة اقسام احدها ما كان صريحا يكون به مظاهرا نوى به الظهار
او لم ينوه وهو قوله انت علي كظهر امي والقسم الثاني ما يكون كناية
من غير نية وهو قوله انت علي مثل امي والقسم الثالث ما لا يكون صريحا
ولا كناية ولا يقع به الظهار وان نواه وهو ان يقول انت علي كظهر [illegible] هذه
او كظهر امي هذه او كظهر امراة اجنبية والقسم الرابع ما كان مختلفا فيه وهو
ما قدمناه وينقسم اربعة اقسام احدها ما اختلف فيه هل هو صريح او كناية وهو
قوله انت علي كبطن امي ففيه وجهان والقسم الثاني ما اختلف فيه هل هو صريح
او كناية او ليس بصريح ولا كناية وهو قوله كرأس امي وفيه ثلاثة اوجه والقسم الثالث
ما اختلف فيه هل يكون ظهارا صريحا او ليس بظهار صريح ولا كناية وهو
قوله كظهر اختي او بنتي وفيه قولان والقسم الرابع ما اختلف فيه هل
هو مختلف فيه ام لا وهو قوله كظهر [illegible] او كظهرها وفيه حالان احدهما
والله اعلم **مسالة** قال الشافعي ولو قال انت علي كظهر امراة محرمة
عليه من نسب او رضاع فانه في ذلك مقام الام لان النبي صلى الله عليه وسلم قال
يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة الى اخر كلام المزني اما الظهار

المعهود وهو ما [illegible] ما ذكرناه من التشبيه بالام يتعلق بزوجته اسم الظهار اي
لقول الله تعالى الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن امهاتهم ان امهاتهم الا اللائي ولدنهم
وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وذلك اذا شبه زوجته بجدة له كالام او ام الام
كان مظاهرا [illegible] فاما هل يكون مظاهرا بالنص او بالقياس على النص على وجهين
احدهما بالنص لان الجدة تسمى اما والثاني بالقياس لانها من الولادة كالام واما اذا
شبه زوجته بمن تحرم عليه من غير امهاته فذلك ضربان احدهما من تحرم عليه بنسب
والثاني من تحرم عليه بسبب فاما المحرمات بالانساب كالبنت والاخت والخالة والعمة
فهذا التحريم لا يفترق بوجود العين فاذا شبه زوجته باحديهن ولا فقال انت علي
كظهر ابنتي او اختي او خالتي او عمتي فهل يكون مظاهرا ام لا على قولين احدهما وهو قوله
في القديم لا يكون مظاهرا وبه قال ابو حنيفة لامرين احدهما ان الام اغلظ حرمة
من غيرها [illegible] في الحكم والثاني انه لو اراد النص التشبيه بغير الام لنص على الادنى
ليستدل على الاعلى وهي الام فلم [illegible] على الادنى والقول الثاني وهو قوله في الجديد
يكون مظاهرا لامرين احدهما انه قد صار بهذا التحريم [illegible] كالام فوجب ان يكون
مظاهرا اذا شبهه بالام والثاني ان معنى التحريم في الام موجود في غيرها من
المحرمات بالانساب وهو التحريم الازلي الذي [illegible] فصار مظاهرا كالام
واما المحرمات بالاسباب فضربان احدهما ما لا تتابد تحريمه كاخت زوجته وخالتها
وعمتها [illegible] فاذا [illegible] لم يكن مشبها بزوجته
[illegible] على كظهر اخت زوجتي [illegible]
لم يكن مظاهرا [illegible] قبل نكاح زوجته ولا [illegible]
بعد [illegible] والضرب الثاني ما [illegible]
الرضاع والمصاهرة [illegible] بعد ان
لم يكن مثاله في الرضاع ان ترضع خمسة من لبن امه بعد ولادته [illegible] بعد ان لم

لكن الحاجة محرمة ومثاله في المصاهرة ان يتزوجها ابوه بعد ولادته او يكون بنت امرأته
او ام زوجته فتصير محرمة بالمصاهرة وبعد ان لم تكن محرمة فلا يكون مظاهرا اذا
شبه زوجته باحدها ولو لم يشبهها بامرأة لا تعرف الا التحريم طرى بعد ان
لم يكن يخرج عن حقيقة التحريم في الاشهر لخروجه عنه في الابتدا واما الادلى فمثاله
في الرضاع ان يرضع مع صبية من امه وبعد ولادته فلا يوجب الا والتحريم موجود
ومثاله في المصاهرة ان يتزوج ابوه امرأة قبل ولادته ثم يولد من غيرها فلا يوجد
الا محرمة عليه موجود فيكون في حكم المحرمات بالانساب ان يشبه زوجته بواحدة
انت على كظهرها هل يكون مولياً ام لا على ما ذكرنا من القولين واداء وعليه تحريم رضاع
او مصاهرة ولعنة بما ذكرنا من طروه وان شبهه بالحنفاء مظاهرا به وان كان طاريا
والجعله مظاهرا به في اصح القولين ان كان طاريا وان الشافعي وان اطلق ذكر الرضاع
والمظاهرة من غير تفصيل فقد فصله المزني وادر بيع عنه وهما اعرف بمراده فلا
وجه لمن وهم من اصحابنا فسوى بين الامرين والله اعلم **فصل** واما اذا
قال لزوجته انت على كظهر ابي لم يكن مظاهرا منها وحكي عن احمد انه يكون مظاهرا لان الظهر الام محل
الاستمتاع فاختص بتحريم المظاهرة وليس ظهر الاب محلا له فانتفا عنه حكم
المظاهرة والثاني ان الام محل الطلاق فاختصت بالظهار وليس الاب محلا له فانتفى
عنه حكم المظاهرة **فصل** ولو قال انا عليك كظهر امك كان كناية ان اراد
به الظهار كان مظاهرا وان لم يرد به لم يكن مظاهرا ويجري الطلاق في قوله انا
طالق منك حيث جعلناه كناية وخالف فيه ابو حنيفة **فصل** واذا ظاهر
المرأة من زوجها فقالت له انت علي كظهر ابي لم يصح الظهار منها ولم يلزمها كفارة وقال
الحسن البصري والنخعي يكون مظاهرا منه كالرجل ويلزمها الكفارة بالعود وقال
الاوزاعي يكون مظاهرا من زوجها ان قالته قبل النكاح ويسقط الكفارة لما روي
في رواية الشعبي ان عائشة بنت طلحة قالت ان تزوجت مصعب بن الزبير
فهي علي كظهر ابي ثم سالت عن ذلك فامرت ان تعتق رقبة وتزوجته وهذا احتاط القول

227

الله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم فخص به الرجال ولانه كان طلاقا في الجاهلية
وصار معتبرا بالطلاق في الاسلام فلما لم يكن للطلاق في النساء حكم فكذلك لا يكون للظهار
منهن حكم فاما الخبر فلا دليل فيه لانه لم يأمرها بالكفارة من قولها تكرهوا ان يكون قد
افتت بظاهرها بيمين وامرها بكفارة اليمين والله اعلم **مسألة** قال الشافعي
ولو ظاهر منها فيلزمه الحنث بالظهار كما يلزم بالطلاق وجملته ان الظهار يلحق بالطلاق فيقع معجلا
بان يقول انت علي كظهر امي وموجلا بان يقول اذا جاء راس الشهر فانت علي كظهر امي فلا
يكون مظاهرا قبل الشهر فاذا جاء راس الشهر صار مظاهرا ويقع على صفة ان
يقول انت علي كظهر امي ان دخلت الدار فان دخلت الدار صار مظاهرا وان لم تأت الدار
لم يكن مظاهرا ولو قال ان شاء زيد فمتى شاء زيد على الفور او التراخي كان مظاهرا وان لم يشأ فليس بمظاهر
ويقع بان يحلف به فيحنث مثل قوله ان كلمت زيدا فانت على كظهر امي فمتى حنث صار
مظاهرا ويصح فيه الاستثناء بمشيئة الله تعالى فيقول انت علي كظهر امي ان شاء الله تعالى
فلا يكون مظاهرا وذكر ابن ابي هريرة في العلم اذا ظاهر وقال ان شاء الله قولين احدهما
لا يقع وهو مذهب في الظهار والطلاق والثاني يقع واختلف اصحابنا في تخريجه
على وجهين احدهما انه تخريج لقول ان ادعيها مقصدا كما ان يخرج في
الطلاق ويكون تحمل الحكاية عن غيره من الفقهاء والوجه الثاني انه تخريج صحيح
وهو قول الشافعي في القديم انه يصح ظهاره مع الاستثناء وان لم يصح طلاقه والفرق بينهما
ان حل الطلاق مباح فجاز ان يرتفع بالاستثناء وحل الظهار غير مباح فلم يرتفع
بالاستثناء ومن قال بتخريج هذا القول قال به في تعليق الظهار بشرط او على صفة او الى
اجل انه لا يتعلق بها ويقع ناجزا على هذا القول المخرج في الاستثناء **مسألة** قال الشافعي
ولو قال اذا تزوجتك فانت على كظهر امي فنكحها لم يكن مظاهرا وهذا صحيح لانه لما لم ينعقد
طلاق قبل نكاح لم ينعقد ظهار ولا ايلاء قبل نكاح فاذا نكحها لم يكن مظاهرا او لو
ظاهر منها وهي زوجته ثم طلقها عقيب ظهاره من غير عود ثم استانف نكاحها

بعقد نحو عود ظهاره نوان عنا ما مضى في الطلاق والايلا ولو قال لزوجها صغيرة
اذا المعتق فانت علي كظهر امي لم يكن مظاهرا اذا بلغ انه لا حكم لقوله ولو قال وهو بالغ
وهي صغيرة اذا المعتق فانت كظهر امي كان مظاهرا اذا المعتق لا ينعقد الظهار في وقت
لو عقله فيه مسله ولو قال انت طالق كظهر امي يريد به الظهار فهو طلاق
لانه صرح به ولا معنى لقوله كظهر امي الا انك حرام بالظهار كظهر امي اذ محال ولانا
قد ذكرنا ان الظهار لا يكون كناية في الطلاق والطلاق لا يكون كناية في الظهار وكل
واحد منهما صريح في محل واذا كان هكذا وجمع بينهما في زوجته وهو على ضربين احدهما
ان يقدم الطلاق على الظهار وهو مسله الكتاب فيقول لها انت طالق كما مر قوله كظهر
امي فلا يخلو امره من اربعة اقسام احدها ان ينوي بها انها صارت عليه بالطلاق محرمة كظهر امه
فيصير ذلك تفسيرا لحكم الطلاق وتاكيدا لا اثباته ولا يكون مظاهرا ولا يصير به انها
انه قصد به تحريم محرمة كما لو قال لاجنبية انت علي كظهر امي لم تلزمه لقصده تحريم
محرمة فان قيل فهلا علي هذا التعليل اذا قال لزوجته وهي محرمة بحج او عمرة انت علي
كظهر امي ان لا يكون مظاهرا لانه قيل يكون في الحرمة مظاهرا لان الاحرام الزوجها
من الزوجية والطلاق يخرجها من الزوجية ولان يجوز ان يستمتع بالنظر الى المحرمة
ويحرم ان يستمتع بالنظر الى المطلقة فان قال في المحرمة انها علي كظهر امي بالاحرام
الطارى بالتحريم المؤبد لم ينفك منه في ظاهر الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى الاحتمال
والقسم الثاني ان ينوي به ان يكون الطلاق الذي تقدمه ظهارا فيكون مطلقا
ولا يكون مظاهرا لان صريح الطلاق لا يعدل عن حكمه بالنيه والقسم الثالث ان ينوي
به الظهار باستقلاله بعد الطلاق المتقدم فينظر فان كان الطلاق بائنا اما لكونه ثلاثا
او دونها او في غير مدخول بها لم يقع الظهار عليها كما لا يقع الطلاق عليها وان كان
رجعيا كان مظاهرا لم يكن عائدا فان راجعها في العدة صار عائدا يستقر الرجعة
او مضي زمانها بعد الرجعة على ما قدمناه من الوجهين وان لم يراجع حتى يصب

العده ثم استانف العقد عليها ففي عود الظهار نوان احدهما كالثاني فوان عاما
مضى واذا اعاد في احد القولين فيما اذا اصبح عائدا بعد اعاما فلنا من الوجهين والقسم
الرابع ان يقوله مرسلا لا ينوي به شيئا فلا يكون مظاهرا فان قوله كظهر امي كلام مشتق
يخرج عن حكم الصريح حتى يستعمل بقوله انت علي فيصير حينئذ صريحا فاذا اخرج بنقصانه
عن حكم الصريح لم يتعلق به مع عدم النيه حكم فصل والضرب الثاني ان يقدم الظهار
على الطلاق فيقول انت كظهر امي طالق فيكون مظاهرا بقوله الاول فاما قوله فلا
يخلو حاله فيه من اربعة اقسام احدها ان ينوي انها تصير بما تقدم من الظهار كالمطلقة
ولا تصير بائنة كالمطلقة لان حكم الظهار يخالف حكم الطلاق والقسم الثاني ان
ينوي به ان يصير الظهار الذي تقدم طلاقا فيصير ظهارا والصحيح انه يكون طلاقا
لان صريح الظهار لا يصير طلاقا والقسم الثالث ان ينوي به ايقاع الطلاق
بعد الظهار فيكون مظاهرا ومطلقا ويقع وقوع الطلاق فان يصير عائدا
والقسم الرابع ان يقوله مرسلا لا ينوي به شيئا ففي وقوع الطلاق وجهان احدهما
لا يقع الا بنيه احدهما انه منقوص اللفظ فلم يقع به طلاق والثاني انه قد عرف
صار كناية لا يتعلق بها مع عدم النيه حكم والوجه الثاني ان يقع به الطلاق لانه
صريح الفاظه وقد تقدم من المواجهة ما اذا انفرد بعده بالطلاق صار صريحا فيه
ولذلك انت كظهر امي وانت طالق والفرق بينهما ان يؤخر الطلاق فلا يكون مظاهرا
مع عدم النيه انما ذكره بتاخير الظهار حرفان احدهما حرف المواجهة وهو قوله انت والثاني
حرف الالتزام وهو قوله علي والذي تركه من الطلاق حرف المواجهة دون الالتزام
مضمر لتقدم ذكره في الطلاق المتقدم مسله قال الشافعي ولو قال انت علي حرام كظهر
امي يريد به الطلاق فهو طلاق وان لم يرد الطلاق فهو ظهار قد ذكرنا ان قوله انت
علي حرام يجوز ان يكون كناية في الطلاق وكناية في الظهار وان اريد بها تحريم او
كفارة من غير تحريم وان تجرد عن نيه فهل يكون صريحا في وجوب الكفارة او لا
على قولين واذا ثبت ان لفظ التحريم يتعلق عليه من الاحكام ما وصفنا وقال انت
علي حرام كظهر امي فله في التحريم اربعة احوال احدها ان ينوي به

ب الظهار فيكون ظهارا بانه قال انت علي كظهر امي مرتين والثاني ان ينوي به الطلاق ولا يد
ان الشافعي المنصوص عليه انه يكون طلاقا ويجري مجرى قوله انت طالق كظهر امي
وقال بعض اصحابنا يكون طلاقا ولا يكون ظهارا لانه قد اجتمع فيه لفظان احدهما حقيقة
تدل على الطلاق وهي البتة واخرى ظاهرة تدل على الظهار وهي قوله كظهر امي فوجب تقديم
الظاهر على الحقيقة وذكر انه وجد منصوصا في بعض النسخ وهذا خطأ وجوده
في بعض النسخ سهو لان لفظ التحريم كناية اذا اقترن بالنية جرى مجرى الصريح فصار كقوله
انت طالق كظهر امي الحالة الثالثة ان ينوي به تحريم عينها فعلى مذهب الشافعي
تجب عليه كفارة يمين لان التحريم يوجب التكفير وفي قول من خالفه واجعل ما يكون
ظهارا والحالة الرابعة ان لا يكون له نية فيه فيكون ظهارا لانه لما اقترن بقوله كظهر
امي صار ظهارا لانه محمول عليه والعرف معروف فيه مسألة قال الشافعي
ولو قال لاخرى قد اشركتك معها او انت شريكتها او انت كهي ولم ينو ظهارا ولم يلزمه لانها
تكون شريكتها في انها زوجة عاصية او مطيعة له فاحتمل حالة اذا ظاهر من احدى
زوجتيه ثم قال للاخرى اشركتك معها او انت مثلها من ثلاثة اقسام احدها ان يريد
به شريكتها في الظهار فيصير به مظاهرا من الثانية كظهاره من الاولى فان قيل اليس لو آلى
من احديهما ثم قال للاخرى اشركتك معها لم يكن موليا من الثانية فما الفرق
بينهما قلنا قد منعنا ان الايلاء يمين فانه لا ينعقد بالكنايات والاعتاق والظهار
كالطلاق يصح بالكناية والصريح والقسم الثاني ان يريد بها شريكتها في الزوجية او العصيان
او مثلها في الطاعة او المعصية فلا يكون مظاهرا من الثانية ان يرجع فيه الى ما اراده
والقسم الثالث ان يطلق ذلك ولا يكون له ارادة فمذهب الشافعي وما نص عليه في الجديد
انه لا يكون مظاهرا من الثانية لان اللفظ قد صار باعتبار النية كناية اذا تجرد
عن الارادة لم يتعلق به حكم وقال في القديم يكون مظاهرا من الثانية واختلف
فيه اصحابنا فمنهم من قال ان اعتبار الظهار ورعاه في مثل كونه زوج ومتوهة
وان الجواب عنه ما قدمناه من التعليل مسألة قال الشافعي
ولو تظاهر من اربع نسوة بكلمة واحدة قال رحمه الله في كتاب الظهار الجديد

والاملاء على مسائل مالك ان عليه في كل واحدة كفارة كما لو طلقهن معا وقال في القديم
ليس عليه الا كفارة واحدة لانها يمين ثم رجع عنه الى الكفارات قال المزني وقد
الكفارات بقوله اولى لان الظهار من الذي يعقد به من الاعتبار من احدها انه يصير
مظاهرا من كل واحدة منهن بقول مفرد يلزمه في كل واحدة منهن كفارة الا ان
المذهب والثاني ان تحصيل الظهار كفارة واحدة فقوله هو اشبه على قول اصحابنا
في الكفارة قولان احدهما وبه قال في القديم تجب عليه كفارة واحدة للمظاهر من
احدها ان لفظ الظهار واحد فيتعلق بها كفارة واحدة كالمظاهر من واحدة والثاني
ان الظهار يلحق بالايلاء ويعتبر بالايمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين
فكفر عن يمينك فانه لو آلى من اربعة منهن واحدة او جمع بين عدد في يمين واحدة
لزمه في الحنث كفارة واحدة كذلك اذا ظاهر من الاربعة بكلمة واحدة لزمه كفارة
واحدة والثالث انه لما كان اذا طلق اربعا ان يجمع بينهن في حكم وصارت كذلك
ظهاره من الاربع تجزي عنه كفارة واحدة والقول الثاني هو الاصح قاله في الجديد والاملاء
واختاره المزني وبه قال ابو حنيفة عليه لكل واحدة منهن كفارة فيلزمه في الاربع
منهن اربع كفارات لثلاثة اشياء احدها انه مظاهر من الاربع فوجب ان يلزمه اربع
كفارات كما لو ظاهر منهن متفردات والثاني انه لما استوى في الطلاق حكم الاجتماع
والانفراد في الرجوع والرجعة وجب ان يستوي حكم الظهار في الاجتماع على الانفراد
في وجوب الكفارة ولان كفارة الظهار وجب تغليظ التحريم وما شرع للتغليظ بالقياس
وجب في الاجتماع على الانفراد وجب ان يتضاعف تكفيره ومثل هذا من القول
في القذف اذا جمع بين عدد بكلمة واحدة فعلى قوله في القديم حد لجميعهم حدا واحدا
لان لفظة القذف واحدة وعلى قوله في الجديد يحد لكل واحد منهم حدا لانه قذف
والله اعلم مسألة قال الشافعي ولو تظاهر منها مرارا يريد بكل واحدة
ظهارا غير الاخرى قبل ان يكفر فعليه لكل ظهار كفارة كما لو طلقها ثلاثا

الظهار غير محصور العدد وليس كالطلاق المحصور بثلث فاذا ظاهر من امراته
ثم كرر الظهار مرارا فهذا على ضربين احدهما ان يكون متواليا لا يتخلله فصل فهو
على ثلثة اقسام احدها ان يريد بالتكرار التاكيد فيكون ظهارا واحدا تجب فيه كفارة
واحدة كالطلاق اذا كرره تاكيدا كان طلقة واحدة والقسم الثاني ان يريد به الاستيناف
فيكون كل لفظة منها ظهارا فان تكررت عشر مرات كان ظهاره عشرا ولو كرر الطلاق
خمسا لم يكن الا ثلثا لما ذكرنا من حصر الطلاق وارسال الظهار واذا كان كذلك وقد
كرر الظهار خمس مرات فمذهب الشافعي وما عليه اكثر اصحابه انه يكون مظاهرا
خمس مرات وقال بعض اصحابه الظهار الثاني يصير عودا من الظهار الاول
ولا يكون مظاهرا الا ... العود دونه فلا يكون عائدا في وقت الظهار فيصير الثاني
عودا في الاول والثالث عود الظهار الثاني والرابع عودا في الثالث الذي كان ... وهذا الذي
قاله خطا لان العود بالزمان والظهار بالقول فلم يقع العود فيه ... زمان العود
ان يكون فيه ممسكا او متكلما ولم يقع العود فيه لانه يحتمل ان يكون ظهارا او طلاقا واذا
كان كذلك وصار مظاهرا خمسا على مذهب الشافعي وعلى من خالفه من اصحابه ... ما لزم من
الكفارة قولان احدهما وبه قال في القديم يلزمه كفارة واحدة ... الكفارات
بعضها في بعض ... ووجهه انه ما بعد الظهار الاول لم يفد من التحريم غير ما
افاده الاول فلم يوجب من الكفارة غير ما اوجبه الاول والقول الثاني قاله في
الجديد وهو الصحيح عليه لكل ظهار منه كفارة فيلزمه على مذهب الشافعي خمس كفارات
وعلى الوجه الاخر اربع كفارات ووجه ذلك انه لما ثبت لما بعد الاول ... ثبوت
الاول لم يمتنع ان يوجب مثل ما اوجبه الاول والقسم الثالث ان يطلق تكرار الظهار
فلا يريد به تاكيدا ولا استينافا فيكون ظهارا واحدا ... الكفارة واحدة
حملا على التاكيد ولو اطلق تكرار الطلاق كان على قولين احدهما ان يكون محمولا على
التاكيد ولا يلزمه الا طلقة واحدة كالظهار والقول الثاني يكون محمولا على الا

ان الطلاق يسقط الملك
الاستيناف فيلزمه ثلث طلقات بخلاف الظهار والفرق بينهما
فان التكرار يوثر فيه والظهار لا ينقص الملك فلم يوثر التكرار فيه **فصل**
والضرب الثاني ان يكرر الظهار متفرقا كانه ظاهر منها في يومه ثم اعاد الظهار
من غده ثم اعاد من بعد غده فهذا على ثلثة اقسام ايضا احدها ان يريد به التاكيد
فيكون تاكيدا كالمتوالي ولا يلزمه الا كفارة واحدة ولو كرر الطلاق متفرقا
واراد به التاكيد لم يجز تاكيده بخلاف المتوالي والفرق بينهما ان الطلاق مزيل للملك
فروعي الولاء في تاكيده والظهار غير مزيل للملك فلم يراع الولاء في تاكيده والقسم الثاني
ان يريد به الاستيناف فيكون استينافا يستوي فيه الطلاق والظهار واما الكفارة
فان كان الظهار الثاني بعد التكفير عن الظهار الاول لزمه في الثاني كفارة ثانية
وكذلك في كل ظهار اذا كفر عما قبله وان كان قبل تكفيره فعلى ما ذكرنا من القولين
احدهما وهو القديم يلزمه في جميع ذلك كله كفارة واحدة والقول الثاني وهو الجديد
يلزمه في كل ظهار منه كفارة والقسم الثالث ان لا ينوي تاكيدا ولا استينافا ... وجهين
فان كان بعد التكفير عن الاول حمل على الاستيناف وان كان قبل التكفير عن الاول ففيه وجهان
احدهما انه يكون محمولا على الاستيناف كالطلاق فيما يلزمه من الكفارة قولان على ما مضى والوجه
الثاني انه يحمل على التاكيد بخلاف الطلاق والفرق بينهما ما مضى **مسئلة** قال الشافعي
ولو قال اذا تظاهرت من فلانة الاجنبية فانت علي كظهر امي فتظاهر من الاجنبية لم يكن
عليه ظهار لانه لو طلق اجنبية لم يكن طلاقا ... اعلم انه اذا علق ظهار زوجته بظهاره
من غيرها بقوله اذا تظاهرت من فلانة فانت علي كظهر امي لم يخل حال فلانة من
ان تكون زوجة او اجنبية فان كانت زوجة له اخرى ... حفصة ... ويقال
لحفصة متى تظاهرت من عمرة فانت علي كظهر امي فاذا ظاهر من عمرة صح ظهاره منهما
بالمواجهة لانها زوجته وصار مظاهرا من زوجته حفصة بالصفة وعليه لكل واحدة منهما
كفارة قولا واحدا ... احد القولين كفارة واحدة كما لو جمع بينهما
في الظهار قلنا لا ... لو جمع بينهما ... مظاهرا بينهما بكلمة واحدة كان يلزمه في القولين كفارة واحدة

وهو في هذا الموضع مظاهر منهما للمعنى الذي يلزمه لهما اذا ثبتت وان كانت تلك الاخرى اجنبية
فيما ضمن احدهما ان يذكرها بالاسم والا يصفها بالاجنبية كقوله اذا ظاهرت من عمرة
فهو عنده متظاهر من زوجته حفصة وان ظاهر من عمرة لم يخل ان يظاهر منها
قبل نكاحها او بعده فان ظاهر منها بعد نكاحها صح ظهاره منها لان الظهار صار منها
وهي زوجته فصار متظاهرا من زوجته بالصفة لانها قد وجدت بالظهار الصحيح
من عمرة وان ظاهر من عمرة قبل نكاحها كان ظهاره منها فاسدا لانه لا يصح من غير زوجته
واذا فسد ظهاره منها لم يصر مظاهرا من زوجته حفصة لانه جعل ظهاره منها شرطا
في ظهاره من عمرة فاذا فسد ظهارها من عمرة عدم الشرط المعتبر في ظهار حفصة وكذلك
الطلاق اذا قال لزوجته اذا طلقت عمرة فانت طالق ثم طلق عمرة وهي اجنبية
لم تطلق زوجته لان كلامه لعمرة وهي اجنبية ليس بطلاق كذلك الظهار وانما كان هكذا
لان الاسماء اذا تعلقت بها في الشرع احكام كان وجود الاحكام مشروطا في صحة الاسماء
وعدمها دليلا على فساد تلك الاسماء كاسم البيع والنكاح وتعلق بهما مع الصحة ويزول
عنهما بالفساد ولو قال اردت بظهاري من عمرة الاجنبية لفظ الظهار في اللغة
دون حكمه في الشرع حمل على قوله وصار مظاهرا من حفصة لوجود الشرط وهو التلفظ بالاسم اللغوي

فصل والقسم الثاني ان يصفها
مع ذكر الاسم بالاجنبية وهذا على ضربين احدهما ان يخرج مخرج الشرط كقوله اذا
تظاهرت من عمرة الاجنبية فانت علي كظهر امي فمذهب الشافعي جعل كونها اجنبية شرطا في ظهاره
منها بخلاف الالف واللام الموضوعين للتعريف ونصب على الحال كقوله اذا ظاهرت
من عمرة وهي اجنبية فانت علي كظهر امي ثم ظاهر من عمرة وهي اجنبية لم يصر مظاهرا
من زوجته حفصة لانه متى تظاهر منها بعد نكاحها لم تكن اجنبية وقد شرط ان تكون
عند الظهار منها اجنبية فصار الشرط معدوما ... الظهار من عمرة والضرب الثاني ان يخرج مخرج التعريف كقوله اذا ظاهرت
من عمرة الاجنبية فانت علي كظهر امي فان ظاهر من عمرة قبل نكاحها
لم يصر مظاهرا لفساد ظهاره من عمرة وان ظاهر من عمرة صح ظهاره

منها وهل يصير مظاهرا من حفصة ام لا على وجهين احدهما لا يصير مظاهرا من حفصة
تعليلا بان دخول الالف واللام في الاجنبية جعل هذه الصفة فيها شرطا فاذا ظاهر
منها بعد نكاحها لم يوجد هذا الشرط فلم يصر مظاهرا من حفصة تعليلا بان دخول الالف
واللام للتعريف دون الشرط واصل هذين الوجهين في الايمان ان يقول والله لا كلمت
هذا الصبي فيكلمه شيخا بعد وجهان احدهما يحنث تغليبا لاجرائه مجرى الشروط
والثاني لا يحنث لانه بالتعريف احق والله اعلم

باب ما يوجب على المتظاهر من الكفارة من كتاب ظهار جديد وقديم

قال الشافعي قال الله تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
الاية قال الشافعي والذي عقلت مما سمعت في يعودون لما قالوا انه اذا اتى على
المظاهر مدة بعد القول بالظهار لم يحرمها بالطلاق الذي تحرم به وجب عليه
الكفارة كانهم يذهبون الى انه اذا امسك ما حرم على نفسه فقد عاد لما قال فخالفه
فاحل ما حرم لا اعلم معنى اولى به من هذا اختلف الفقهاء في وجوب كفارة الظهار على
ثلاثة مذاهب احدها وهو قول مجاهد وسفيان الثوري انها تجب بلفظ الظهار
من غير عود والمذهب الثاني وهو قول ابي حنيفة انها لا تجب بالظهار ولا بالعود
والاستقرار ثبوتها في الذمة وانما هي شرط في الاستباحة كالطهارة في صلاة التطوع
ليست واجبة عليه وانما هي شرط في فعل الصلاة فان وطئ قبل التكفير لم تلزمه
الكفارة وكان شرطا في استباحة الوطء الثاني فان وطئ ثانيا لم تجب وكان شرطا
في استباحة الوطء الثالث وكذلك ابدا والمذهب الثالث وهو قول الشافعي ومالك
انها تجب بالظهار والعود وجوبا مستقرا واختلف من قال بهذا في العود على
اربعة مذاهب احدها وهو مذهب الشافعي ان العود هو ان يمسك عن طلاق الظهار
مدة يمكنه فيها الطلاق والثاني وهو مذهب داود واهل الظاهر انه اعادة الظهار
ثانية فيقول لها ثانية انت علي كظهر امي والثالث وهو مذهب مالك انه العزم على الوطء

فصل فاما الرابع وهو مذهب الحسن وطاوس والزهري انه الوطء
مجاهد فاستدل على ان الكفارة تجب بالظهار وحده وان العود فيه اعادة في
الاسلام بعد تقدمه في الجاهلية بما روى محمد بن كعب بن عجرة عن خولة بنت ثعلبة
انها كانت تحت اوس بن الصامت وكان به لمم وكان اذا اخذه لممه دنف فخرج
فسمعته يقول انت علي كظهر امي ان لم ترسليني لاحلف بكما به نزل فيها قرآن الظهار
واستدل بقوله تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا فاوجب الكفارة
بالمنكر والزور والظهار هو المنكر والزور دون العودة ولان الله تعالى نهى عن
الظهار فكان العود فيه هو فعل المنهي كما قال في جزاء الصيد ومن عاد فينتقم
الله منه يعني الى فعل ما نهى الله عنه وكما قال في الربا عفا الله عما سلف
فان عاد يعني الى المنهي فينتقم الله منه ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية
فنقل حكمه الى ما استقر عليه في الشرع فاقتضى ان يكون حكمه معتبرا باللفظ
كالطلاق والدليل عليه قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون
لما قالوا فتحرير رقبة فجعل الكفارة واجبة بشرطين احدهما الظهار
والاخر العود فاقتضى ان لا تجب باحدهما فان قيل يحمل على العود في الاسلام
بعد تقدمه في الجاهلية قيل هذا غير محمول على هذا من ثلاثة اوجه احدها
انه لو كان محمولا على هذا لكان موقوفا على الماضي دون المستقبل لقوله والذين يظاهرون
من نسائهم وما ذكروه باللفظ المستقبل دليل على فساد هذا التاويل والثاني
انه لو كان محمولا على ما ذكروه لما وجبت الكفارة في الظهار الا لمن جمع فيه بين الجاهلية
والاسلام وبطل حكمه الان لانقراض من ادرك الجاهلية والثالث ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر اوس بن الصامت وسلمة بن صخر بالكفارة عن ظهارهما ولم يسالهما عن ظهارهما في الجاهلية
ولو كان شرطا في الوجوب لسالهما فان قيل فما سالهما عن العود ولو كان شرطا في الوجوب
لسال عنه قيل العود لا يسال عنه كالطلاق وقد علم انهما لم يطلقا فعلم
بذلك عودهما ولان الظهار والايلاء كانا طلاقا في الجاهلية فنقلا في الشرع

الى ما يوجب الكفارة ثم ثبت ان الكفارة في الايلاء تجب بشرطين هما اليمين والحنث فوجب
ان تكون الكفارة في الظهار بشرطين هما الظهار والعود واما الجواب
عن الخبر فهو انه ليس فيه ان الكفارة وجبت بالظهار دليلا على تقدمه قبل اسلامه واما
الجواب عن قوله وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا فهو ان قول الزور شرط
في التحريم والكفارة الا انه لا تجب الا بعد تعلقه بشرطين الظهار والعود واما
الجواب عن قولهم العود فعل المنهي عنه فهو ما ذكروه غير مسلم بل هو الرجوع والمنهي
عنه هو تحريمها بالظهار والرجوع فيه ان لا يحرمها بالطلاق بعقيبه وهذا دليل
على ما قلنا واما الجواب عن استدلالهم بالطلاق فهو ان الطلاق مطلق والظهار
مقيد ولو جاز ان يحمل احدهما على الاخر لكان حمل المطلق على المقيد اولى من حمل المطلق
على المقيد واذا لم يجز هذا كان حمل كل واحد منهما على موجبه اولى فصل
واما داود فاستدل على ان العود اعادة الظهار ثانية بعد اولى بقوله تعالى ثم يعودون
لما قالوا فيه ثلاثة ادلة احدها ان العود الى الشيء هو فعل مثله كما قال تعالى ولو ردوا
لعادوا لما نهوا عنه يعني الى مثل ما نهوا عنه من الشرك والذي يقتضي ان يعود الظهار
بان يعاد مثله والثاني قال لما قالوا فاقتضى ان يكون العود قولا لا فعلا كما قلتم والافعال كما قال
غيركم واما الثالث فانه لو اراد العود العزم على القول لقال ثم يعودون فيما قالوا كما قال النبي
صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قيئه فلما قال لما قالوا دل على انه
اعادة القول كما قال سبحانه الذين نهوا عن النجوى ثم يعودون لما نهوا عنه يعني الى
النجوى والدليل عليه قوله تعالى يعودون لما قالوا فيه ثلاثة ادلة احدها ان حقيقة
العود في الافعال دون الاقوال يقال عاد يعود عودا في الفعل واعاد يعيد اعادة
في القول فلو اراد اعادة القول لقال ثم يعيدون ما قالوا والثاني ان اعادة القول محال
كاعادة امس لانه لا يصح اجتماع زمانين ولذلك من اصحابنا من قال وقد يصح بمثله
ما قالوا في التحريم بالقول ... لما نقص ما قالوا من التحريم ثم
بالامساك ما قلنا من الاصح راد الى ان العود في الشيء هو الرجوع عنه دون العمل كله

كما قال صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قيئه والثالث ان العود هو مفارقة
اي الى الذي هو فيها الى ما كان عليها كما قال الله تعالى وان عدتم عدنا وكما قال الشاعر
وان عاد للاحسان فالعود احمد ولعل الذي هو عليها تحريم الظهار والتي كان عليها
الحل المباح وكانه حمله على ما ذكرنا من امساكها على ما كان عليه من الاباحة
اولى من حمله على ما هو عليه من اعادة التحريم وبدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم امر اوس
بن الصامت وسلمة بن صخر بالكفارة عن ظهارهما ولم يسالهما عن اعادته ولو كان
عود القول شرطا لسال وان الكفارة الظهار متعلقة باللفظ شرطا ومقتضى ان يكون
الشرط في اللفظ دون اعادته كالايلاء سائر الايمان ولان القول الذي يلزم به
الاحكام لا يقتضي التكرار كالايمان واما الجواب عن قولهم ان العود في الشيء هو فعل
مثله فمن وجهين احدهما ما ذكرنا من ان حقيقة العود الانتقال الى ما كان عليه
دون المقام على ما هو عليه والثاني ان العود الى مثل ما تقدم من الاباحة
دون ما هو عليه من التحريم واما الجواب عن قولهم انه وصف العود بالقول دون الفعل
فمن وجهين احدهما انه يعود الى القول بنقضه وابطاله لا بتصحيحه واثباته وجاز ان يكون ما
ذكرناه اشبه والثاني ما ذكره الاخفش ان في الكلام تقديما وتاخيرا وتقديره
ثم يعودون لكلام تام وقوله لما قالوا راجع الى تحرير الرقبة ويكون تقدير الكلام
ثم يعودون فتحرير رقبة لما قالوا واما الجواب عن قولهم انه لو اراد الجماع لقال
ثم يعودون لما قالوا وسطه من [illegible] فمقتضى ان يحمل العود على [illegible]
من الامرين كما قال الشاعر

تلك المكارم لا قعبان من لبن شيبا بماء فعادا بعد ابوالا

والجواب الثاني ان القول هاهنا عبارة عن المقول كما قال تعالى واعبد ربك حتى
ياتيك اليقين اي المتيقن وكقولهم الله رجاي واملي والقول هو التحريم وحقيقة العود على
الرجوع عنه فصل فاما مالك فاستدل بان العود هو العزم على
الوطي لقوله تعالى ثم يعودون لما قالوا وثم موضوعة في اللغة للمهلة

والتراخي فاوجب ان يكون بين الظهار والعود زمان يمكن ان يعود فيه فكان حمله
العود على العزم الذي بين الظهار والمهلة ولما روي ان خولة اشتكت الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اوسا ظاهر منها قالت وقد عزم على وطيها فاوجب الكفارة
عليه فدل على ان العزم على الوطي هو العود ولانه بالظهار عازم على تحريم الوطي ومقتضى
ان يكون العود فيه العزم على ضد الوطي لان العود في الشيء هو الرجوع عنه الى ضده
والدليل عليه قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا والعود اما ان يكون فعلا او قولا او عزما
وليس العزم قولا ولا فعلا فلم يجز ان يكون عودا ولان اوس بن الصامت ظاهر من زوجته
خولة فامره النبي صلى الله عليه وسلم بالكفارة ولم يساله عن عزمه على الوطي ولو كان العزم
شرطا لساله فان قيل فقد روينا ان خولة اخبرته انه عزم على وطيها قيل عنه جوابان
احدهما ان هذه الرواية ما اثبتها احد من الرواة واما اقتضى به من الشكوى فمقتضى هذا
الدعوى والثاني ان الكفارة واجبة على الحالين ولو كان وجوبها متعلقا بالعزم
لكان هو المسؤول عنها لما اكتفى بقولها دونه ولانه امسكها زوجة بعد الظهار
مدة يقدر فيها على الطلاق فوجب ان تلزمه الكفارة كالعازم على الوطي ولان الظهار
يحرم بلفظ وشرط فوجب ان يكون الشرط مخالفا لذلك اللفظ كالايمان ولان العزم حديث
النفس معفو عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم عفي عن امتي الخطا والنسيان وما حدثت
به انفسها واما الجواب عن قوله ثم يعودون وان ثم توجب التراخي والمهلة فمن وجهين احدهما
ان ثم قد تكون بمعنى الواو كقوله تعالى ثم الله شهيد على ما يفعلون ثم تاب عليهم ليتوبوا
ثم كان من الذين امنوا الاية وحروف الصفات وهي تتعاقب والثاني انا نستعملها
الحقيقة في التراخي والمهلة لان عقد النكاح اباح الامساك والوطي والظهار
حرمهما والعود هو الرجوع الى استباحتها فصار متراخيا عن الاول واما الجواب
عن قوله انه بالظهار عازم على تحريم الوطي فهو انه بالظهار محرم
وليس عازما على التحريم واما الخبر عن طاوس والزهري فاستدلوا ان العود الوطي بانه

بن صخر وطئ بعد ظهاره فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالكفارة فاقتضى ان تكون الكفارة بسبب
شرطا في وجوب التكفير لما روي ان اعرابيا زنا فرجم وسرق سارق فقطع … ولا
الظهار والايلا … بهما في الجاهلية وكونهما طلاقا وفي الاسلام في الحكم بهما الكفارة
ثبت ان الكفارة في الايلا تجب بالوطي فكذلك في الظهار ولانه بالظهار يحرم وطيها فاقتضى ان
تكون العود فيه مخالفته بوطيها والدليل على قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا
فاوجب الكفارة قبل المسيس فلم يجز ان تكون وجوبها متعلقا بالمسيس ولان النبي صلى الله
عليه وسلم امر اوسا بالكفارة قبل وطيه ولا يجوز ان يامره بالتكفير قبل وجوبها ولان
امساكها زوجته بعد الظهار مدة يقدر فيها على الطلاق يوجب الزامه الكفارة كالوطي
ولان ما ذكرناه في العود من توقيت امساكها عن الطلاق اعم الاحوال لانه يقتضي
وجوب الكفارة به وبالعادة القول وبالعزم على الوطي وبالوطي فكان اولى
لان التعليق بكون الاعم منها اولى من الاخص واما الجواب عما ذكره من …
بالكفارة بعد وجوبه وهو ان الوطي … المنقول فهو الظهار
واحتمل ان يكون الحكم … عائدا بالظهار واحتمل ان يكون عائدا … الى الاول …
فلما امر اوسا بالكفارة قبل وطيه دل على تعلق وجوبها بما قبل وطيه
من ظهاره وامساكه واما الجواب عن التسمية بالايلا … فهما
يمنع من الجمع بينهما لانه مامور بالكفارة مع الظهار وقبل الوطي ولا يمنع
ولم يجز الجمع بينهما انه مامور بالكفارة في الظهار واما الجواب عن قولهم ان
… تكون بالوطي وهو ما قدمناه من ان المخالفة تكون بالامساك
واما ابو حنيفة فاستدل على ان العود الظهار الحنث الثاني لقوله تعالى
فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فلم يعتبر في الامر بها الا اصابته فاقتضى ان
لا يختلف تطاول زمانها على الاصابة فاقتضى ان لا يجب بها الا الوجوب معلق
بسبب العود ان يكون قبل وجوب المسيس فاقتضى ان الحنث قبل الاصابة
لانه امر بالتكفير فلما ما يمنع بهذا المسيس … الذمة … ولا …
على ابطال ما ذكره من العود … من ذلك المجالس … العود ولو كان
… الامساك عن طلاقها بعد الظهار لوجب اذا كان من الرجعية
ان يصير عائدا بالامساك عن طلاقها وان لم يكن طلاقها …
من طلاقها …
طالقة … ان يكون الطلاق رافعا ويطلب باسقاط عوده ان يكون الامساك عودا

ذلك دل على ان الامساك بعد الظهار استصحاب له والمستصحب للشي لا يكون مخالفا له والمخالف
للشي لا يكون عائدا اليه فبطل ان يكون الامساك عودا قال ولان العود الى الشي لا يكون الا بعد
المفارقة له والمحل لا يكون مفارقا فلم يكن عائدا والدليل عليه مع ما قدمناه من الادلة على …
قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة فاوجب الكفارة بالظهار والعود لانه جعلها
شرطا عقيبه للجزا والجزا اذا علق بشرط اقتضى وجوبه عند وجود الشرط ولان النبي صلى الله عليه
امر اوس ابن الصامت بالكفارة قبل وطيه وامره على الوجوب يدل على ثبوت الكفارة في ذمته
قبل الوطي وبعده ولان الوطي شرطا في الوجوب ولان الكفارة المتعلقة بسبب يقتضي الوجوب
عند وجود ذلك السبب اعتبارا بسائر الكفارات ولانه تكفير يتعلق بقول فجاز ان يثبت في الذمة
قياسا على كفارة القتل واما الجواب عن استدلالهم بتعلق وجوب الكفارة بالاصابة فهو انه علقها
بالعود بعد الظهار ومنع الاصابة قبلها فبطل ما توهمه وسقط الاستدلال بها واما الجواب
عما ذكره من تعلقها بالرجعة فهو ان العود عندنا هو الامساك عن طلاقها بعد الظهار والرجعة
نحوه فلم يصر بترك الطلاق عائدا والظهار يتوجه عليه اذا كانت في حكم الزوجة والرجعية
تجري عليها احكام الزوجية فوقع عليها الظهار فلما اختلف عليه الظهار والعود جاز ان
يثبت في الرجعة حكم الظهار واما الجواب عن قوله ان المستديم لا يكون مخالفا والمخالف
يكون عائدا فهو انه استدام امساكها والظهار يمنع منه فصار مخالفا والمخالف يجوز ان يسمى
عائدا قال الله تعالى الم تر الى الذين نهوا عن النجوى ثم يعودون لما نهوا عنه واما الجواب
عن العود يكون بعد المفارقة فهو انه قد يكون العود قبل المفارقة قال الله تعالى حتى عاد
كالعرجون القديم … عائدا الى ما قبل الظهار فصار عائدا ولولا ما ذكرناه مع ما تقدم
لكان الكلام مع ابي حنيفة ابسط واطول **مسالة** قال الشافعي ولو اتبعه طلاقا … لم …
لزمته الكفارة وكذلك لو مات او ماتت قال الماوردي اعلم ان الكفارة اذا وجبت عليه بالعود وهو ما ذكرناه
بعد الظهار بمدة يقدر على الطلاق فيها بعد طلاق لم تسقط عنه بعد الوجوب بما حدث
من طلاق او لعان او خلع او لما احدث موته او موتها وقال مالك اذا مات بعد العود الذي هو
عنده الامساك والعزم على الوطي سقطت الكفارة عنه بعد وجوبها …

بان وجوب الكفارة بالعزم على الوطي كوجوب الصدقة في مناجاة الرسول عليه السلم بالعزم
على المناجاة ثم لو وجبت بالعزم سقطت بفوت المناجاة فكذلك كفارة الظهار وهذا خطا
لان ما وجب من الكفارات لم يسقط بتعذر ادائها كساير الكفارات ولانه لو فات الوطي بالتحريم لم تسقط
به الكفارة فكذلك اذا فات بالموت واما صدقة المناجاة فلم يجز ان يجعل للحكم
اصلا لحكم ثابت على ان صدقة المناجاة قد كان وجوبها بالعزم على المناجاة موقوفا على
المناجاة وجرى تقديمها مجرى تقديم الطهارة على الصلوات وخالف عود الظهار لاستقرار
الوجوب به **فصل** واذا انقرض ما وصفنا من حال الموت بعد الظهار من ان يكون
قبل زمان العود او بعده فان كان بعد زمان العود لم تسقط به الكفارة على ما قدمنا
وان كان قبل زمان العود وهو ان يموت عقيب ظهاره قبل ان يمضي عليه زمان الطلاق او
تموت الزوجة فلا كفارة عليه لانه ما امسكها بعد الظهار ولا قدر على طلاقها بالموت
فصل واما اذا اعقب الظهار ردة فان كانت قبل الدخول وقعت بها الفرقة سواء كانت
من جهته او من جهتها وقامت مقام الطلاق البائن في اسقاط العود وان كانت بعد الدخول
قامت مقام الطلاق الرجعي في سقوط العود وكان النكاح موقوفا على انقضاء العدة
فان عاد المرتد الى الاسلام قبل انقضاء العدة كانا على النكاح وصار عايدا وفيما يصير به
عايدا وجهان احدهما يصير بالاسلام عايدا والثاني بمضي بعد الاسلام زمان العود
وان اسلم المرتد بعد انقضاء العدة بطل النكاح فان استانف نكاحها ففي عود الظهار قولان
على ما مضى ثم بما يصير به عايدا وجهان **فصل** ولو اعقب الظهار جنون او اغما لم يعذر
الزوج فيه على الطلاق وصار عايدا لان الجنون لا يحرم بخلاف الردة والقصد في العود
غير معقود فلم يوثر فيه الجنون **مسئلة** قال الشافعي ومعنى قول الله تعالى من قبل
ان يتماسا وقت لان يودي ما وجب عليه قبل المماسة حتى يكفر فان تعدى فالله اعلم بعقوبته ويكفره
لقول المزني لما تحريم وطيها قبل التكفير ماخوذ من النص قال الله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان
يتماسا فجعل الوطي عايدا لو قبل التكفير ولم يجعله موجبا للكفارة وقال ومعنى
وكان ما فعله عقوبة مكفرة لقول المزني ولانه حد ان عزيمة فلم عن ماثمه فلو انه وطي قبل الكفارة

كان عاصيا بوطيه كمعصيته بالوطي في احرام او حيض لا تسقط الكفارة عنه ولا تضاعف عليه
قال عمرو بن العاص ومنصور بن زيد وعبد الرحمن بن مهدي تضاعف عليه فيلزمه كفارتان وقال سعيد
بن جبير والزهري تسقط الكفارة وكلا القولين مخالف للنص والقياس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم
امر سلمة بن صخر البياضي وقد وطي في ظهاره قبل التكفير ان يكفر كفارة واحدة فلم يسقطها ولم يضعفها
فان قيل ما ابطل به القولين ان الكفارة عبادة موقتة كالصلاة والصيام فلم يكن فوات وقتها
مسقطا لها ولا موجبا لتضعيفها كالصلاة والصيام **فصل** فاما تعجيل كفارة الظهار قبل
وجوبها فان كان يكفر بالصوم لم يجز لانه عبادة على الابدان لا يجوز تقديمها على الوجوب وان
كفر بالعتق والطعام فان كان قبل الظهار والعود لم يجزه ولان حقوق الاموال اذا تعلقت بوجوبها
شرطين لم يجز تقديمها قبل وجود احدهما وان كان بعد الظهار وقبل العود وذلك بان يطلقها
عقيب ظهاره ثم يكفر قبل مراجعتها ففيه وجهان احدهما يجوز تعجيلها لوجود احد شروطها
كتعجيل الزكاة بعد النصاب وقبل الحول وكتعجيل الكفارة بعد اليمين وقبل الحنث والوجه
الثاني لا يجوز تعجيلها بعد وجود احد الشرطين لان الثاني منهما محظور فصار بالتعجيل
مضيا لارتكاب المحظور وهذا القول في تعجيل كفارة اليمين قبل الحنث اذا كان الحنث معصية
فصل قال الشافعي واذا منع الجماع احببت ان يمنع القبلة والتلذذ احتياطا حتى يكفر فان مس لم
تبطل الكفارة **فصل** اما وطي المظاهر قبل التكفير فقد ذكرنا تحريمه بالنص والاجماع واما ما سواه
من الاستمتاع كالقبلة والملامسة والتلذذ بما دون الفرج ففي تحريمه قولان احدهما وهو ظاهر
كلامه هاهنا وفي كتاب الام ان اجتنابه احتياط وفعله غير محرم الا انه قال احببت ان يمنع القبلة
والتلذذ احتياطا ووجهه قول الله تعالى من قبل ان يتماسا والمس ما عرف الشرع عبارة عن الوطي
كما قال وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن ولان تحريم الوطي في الحيض والصوم لا يوجب تحريم التلذذ
بما سواه فكذلك في الظهار نفيا للتعبد واستباحة الدواعي من الطيب وغيره وهذا
قول ابي حنيفة والقول الثاني وهو ظاهر كلامه في القديم انه يحرم عليه التلذذ بما دون الفرج
كما يحرم عليه الوطي في الفرج لانه قال في القديم رايت ان يمنع القبلة والتلذذ وكان
ظاهر هذا الكلام وجوب التحريم ووجهه قول الله تعالى من قبل ان يتماسا

وحقيقة المس التقاء البشرتين ولانه بالظهار قد جعلها كحرمة امه وكل
الاستمتاع بامه حرام فكذلك في الظهار ولانها لو تنزه فوجب ان يحرم على المظاهر كالوطي
ولانه لفظ يوقع تحريمها في الزوجة فوجب ان يمنع من الوطي وتوابعه كالحرام والطلاق الرجعي

مسئلة قال الشافعي ولو اصابها وقد كفر بالصوم في ليل الصوم لم ينتقض صومه
ومضى على الكفارة ولو كان صومه ينتقض بالجماع لم تجزه الكفارة بعد الجماع وهكذا قال
اذا كفر المظاهر بالصيام لزمه صوم شهرين متتابعين قبل الوطي كالعتق وهو نص قال الله
تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فان وطي في نهار الصوم عامدا ابطل صومه
وتتابعه واستانف صوم شهرين متتابعين بعد وطيه وان وطي في نهار الصوم ناسيا
لم يبطل صومه ولا تتابعه وان وطي في ليل الصوم ناسيا او عامدا لم يبطل الصوم
ولا التتابع وبه قال ابو يوسف وقال ابو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن يبطل تتابع الصوم
في الوطي في الليل ويبطل بوطيه ناسيا في النهار استدلالا بقول الله تعالى فصيام شهرين
متتابعين من قبل ان يتماسا ومنها دليلان احدهما نهى عن الوطي قبله
والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والثاني انه امر بصيام شهرين ليس فيهما مسيس
ويلزمه ان ياتي بصوم شهرين ليس فيهما مسيس فوجب ان يلزمه العدول الى ما امكنه
وان سقط عنه ما لم يمكنه لانا العجز عن احد الامرين لا يوجب سقوطهما معا قالوا ولانه وطي
في شهر صيام الظهار فوجب ان يبطل التتابع كالوطي عمدا في النهار قالوا ولانه تحريم
وطي [illegible] بزمان فاستوى حكمه في الليل والنهار كالاعتكاف ودليلنا قول الله تعالى
فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فاقتضى الظاهر ان ياتي بصيام شهرين
ليس فيهما وطي وانما مسيس فهو ليس يقدر على ذلك بعد وطيه فكان اتيانا اقرب
الى الظهار من الاستئناف لان صوم شهرين احدهما قبل المسيس والاخر بعده اقرب الى المسيس
الواجب من صوم شهرين جميعا بعد المسيس فكان استدلالا لانا نعني بهما من هذا
الوجه لا من جهة النص فتوجه اعتراض المدخول في الاستدلال بهما ولانه وطي لم يبطل
به الصوم فلم يبطل به التتابع كوطي غير المظاهر او كالوطي في ليل صيام كفارة القتل
فان قيل وطي المظاهر محرم ليلا ونهارا فجاز ان يبطل به التتابع بالليل
كما يبطل به في النهار وتحريم بهما وليس كذلك الوطي في ليل الصوم في كفارة
القتل لانه غير محرم قلنا وطي المظاهرة لانه ليس يحرم فجاز ان يحرم عليه في ابطال

التتابع فلم يبطل به التتابع قبل ما لم يبطل التتابع لمحظوره كالربا وما ابطل التتابع
لمحظوره بطل لمباحه كالاكل في نهار الصوم لشدة الجوع خوفا من التلف يبطل صومه
وتتابعه وان فعل مباحا كالاكل فيه عن جوع وفعل بحظره واذا ابطل بعلية الحظر
والاباحة كان تعليل التتابع بصحة الصوم وفساده اولى من تعليله بالمسيس على قول واحد.
من الاصليين وقياسنا [illegible] شهوانه وطي في اثناء التكفير فجاز ان يبطل به التكفير كالطعام وصيام
وقياس ثالث وهو ان الاثنان بما افسد الصوم اذا وقع ليلا لم يوجب حكم الصوم كالاكل
استدلال التابع وهو ان هذا الصوم مشروط بشرطين التتابع وان يكون قبل المسيس والتتابع
صفة في الموقد [illegible] المسيس صفة في الاداء كالصلاة علقت بشرطين الوقت والترتيب
وان [illegible] الفعل بعد ما عدم الوقت وبعضه لا يسقط حكم الترتيب كذا الصوم هاهنا
واما الجواب عن استدلالهم الاول بان النهي يقتضي فساد المنهي عنه وهو ان المنهي عنه
هو الوطي فهو فاسد حرام واما الجواب عن استدلالهم الثاني بانه تقديم على صوم شهرين
ليس بينهما مسيس فهو زيادة [illegible] اولى لانه في ابتداء [illegible] احد الشهرين اذا افسد
المعصية وبالثاني قضاء بعد المعصية واما الجواب عن قياسهم على وطي النهار فالمعنى فيه
انه لما ابطل الصوم ابطل التتابع ووطي الليل لم يبطل صوم التتابع واما الجواب
عن قياسهم على الاعتكاف فالمعنى فيه ان وطي الليل صادف زمان العبادة فافسده
ووطي النهار وليس كذلك في الصوم لان وطي الليل لم يصادف زمان العبادة والله اعلم

مسئلة قال الشافعي ولو تظاهر واتبع الظهار طلاقا تملك فيه الرجعة قبل [illegible] ملك الرجعة
[illegible] ثم راجعها فعليه الكفارة ولو طلقها ساعته [illegible] الا ان راجعها اباها بعد الطلاق
[illegible] بعد الظهار قال المزني الفصل وقد ذكرنا ان المظاهر اذا [illegible] عقيب ظهاره
لم يكن عائدا ولا كفارة عليه لان العود ما ذكرناه من امساكها بعد الظهار زمنا يمكن طلاقها
الطلاق [illegible] بالطلاق [illegible] سواء كان رجعيا او باينا الا انها تحرم عليه بالطلاق [illegible]
معا [illegible] عليه الكفارة واذا كان ذلك فان كان الطلاق رجعيا فراجعها
في العدة فالظهار بحاله ويصير عائدا [illegible] تجب الكفارة عليه واذا صار عائدا

فيه تجب الكفارة عليه وهل يصير عائداً فيه قولان أحدهما عائد قاله هاهنا
وفي كتاب الأم يكون عائداً بنفس الرجعة وإن أتبع الرجعة طلاقاً لم تسقط الكفارة
لأنه لما صار بإمساكه عن الطلاق عائداً فأولى أن يصير بالرجعة المنافية للطلاق
عائداً والقول الثاني نص عليه في الإملاء أنه لا يكون عائداً بالرجعة حتى يمضي بعدها
زمان العود بالإمساك عن الطلاق مدة يقدر فيها على الطلاق فإن أتبع الرجعة
طلاقاً لم يكن عائداً وإنما كان كذلك لأن الرجعة تراد للرد إلى الزوجية والعود
هو إمساكها على الزوجية وذلك لا يكون إلا بعد الرجعة **فصل** وإن كان الطلاق
بائناً أو رجعياً فلم يراجع حتى انقضت العدة سقط الظهار في هذا النكاح
فإن نكحها بعقد مستجد فإن عود الظهار فيه معتبر بالطلاق الذي تقدمه فإن كان
ثلاثاً فعلى قوله في الجديد وأحد قوليه في القديم أن الظهار لا يعود والقول
الثاني في القديم وأحد قوليه في الجديد أن الظهار يعود وعلى القول الثاني
في الجديد أن الظهار لا يعود فلم يلزمه كفارة وإن قلنا يعود الظهار فهل يصير
عائداً فيه على الوجهين تخريجاً من القولين أحدهما يصير عائداً بنفس النكاح فإن
أتبع النكاح طلاقاً لم تسقط الكفارة والوجه الثاني يصير عائداً إن مضى زمان العود بعد
النكاح فإن أتبع النكاح طلاقاً لم تجب الكفارة فأما المزني فإنه اختار أنه يعود الظهار
في النكاح الثاني وهو أحد القولين وتكلم عليه وقد مضى الكلام معه فيه **مسألة**
قال الشافعي ولو تظاهر منها ثم لاعنها مكانه سقط الظهار ولو كان حبسها قدر المظاهر
ما يمكنه اللعان فلم يفعل كانت عليه كفارة أما إذا أعقب الظهار بعد أن مضى عليه زمان
العود فقد تحققت الكفارة عليه ولا تسقط عنه باللعان كما لا تسقط عنه بالموت
وإن شرع في اللعان قبل مضي زمان العود فعلى ثلاثة أقسام أحدها أن يكون قد قذف
بالزنا ودخل في اللعان فأتى بالشهادات وتلفظ باللعنة الخامسة فقال لها أنت علي
كظهر أمي ثم عقبها باللعنة الخامسة الموجبة للتحريم فلا يكون عائداً لأنه أتبع الظهار بالتحريم
الموجب للتحريم المغلظ من غير [illegible] الطلاق [illegible] التحريم المؤبد

والقسم الثاني أن يكون قد قذفها بالزنا ثم ظاهر منها ثم عقبه باللعان فأتى بالشهادات
الأربع ثم باللعنة الخامسة ففي عوده وجهان أحدهما أنه يكون عائداً فتلزمه الكفارة
لأن التحريم عليه إنما هو باللعنة الخامسة والشهادات الأربع لا تحرم فكان بأخذه فيها آخذاً
في غير التحريم فلذلك صار عائداً والوجه الثاني وهو قول أبي إسحاق المروزي وأكثر أصحابنا
أنه لا يكون عائداً ولا تجب عليه الكفارة لأن تحريم اللعان لا يقع باللعنة الخامسة إلا بعد الشهادات
الأربع فصار أخذه فيها أخذاً في التحريم ولأنه بأخذه في الشهادات الأربع كالمطول
شروعه في التحريم فهل لا يمنع سقوط العود كما لو قال لها بعد الظهار أنت يا فلانة بنت
فلان ابن فلان الفلاني طالق فأطال في ذكر الاسم والنسب كان كمن اقتصر فقال أنت طالق في سقوط
العود كذلك هذا والقسم الثالث أن يتقدم الظهار ثم يعقبه بالقذف ثم يعقبه باللعان
فإن كان والشروع في اللعان فالمذهب أنه يكون عائداً تجب عليه الكفارة لأن قذفها بالزنا
ليس من ألفاظ التحريم ولا من جملة اللعان فصار عائداً ولا تجب عليه الكفارة قيل لأن اللعان
لا يصح إلا بقذف فصار القذف من أسباب اللعان وكذلك التوجه إلى الحاكم في المطالبة
باللعان وزعم أنه وجد للمزني في جامعه الكبير عن الشافعي أنه قال وسواء تقدم الظهار
القذف أو تقدم القذف الظهار وقد أنكر أبو إسحاق المروزي أن يكون ذلك في الجامع الكبير
فإن كان في بعض النسخ أن يكون سواء من تقدم الظهار على القذف ومن تقدم
القذف على الظهار في ثبوت العود لا في سقوطه والله أعلم **مسألة** قال المزني
قال الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى ولو تظاهر منها يوماً أو
ساعة فصبر حتى انقضى لم يكن عليه كفارة كالمولي فسقط اليمين سقط حكمها قال المزني أصل قوله أن
المظاهر إذا حبس امرأته مدة يمكنه الطلاق فيها فلم يطلقها فيها فقد عاد ووجبت عليه
الكفارة **الفصل** أعلم أن الظهار ضربان مطلق ومقيد فالمطلق أن يقول لها أنت علي
كظهر أمي وأطلق فأما العود فيه فإمساكها بعد الظهار مدة
يقدر فيها على الطلاق وأما المقيد فهو أن يقول أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة

ولا اطلقه على التابيد فهي كونه مظاهرا قولان احدهما لا يكون مظاهرا وبه قال مالك
رحمه الله لان تحريم الظهار يقتضي التابيد لام فاذا قدره بمدة خرج بالتقدير
من حكم الظهار فصار كمن شبه امراته بمن حرمت عليه في مدة والا يكون مظاهرا واحتجا
من ناصب المدة المشتبه بها فعلى هذا لا ماعا فيه العود لسقوط الظهار فاما
الكفاره فان لم يطاها حتى مضت المدة فلا كفاره عليه وان وطي في المدة ففي وجوب
الكفاره وجهان احدهما عليه كفاره يمين على ظاهر ما قاله في هذا الموضع نصير
لخروجه من الظهار بحرمة الطلاق بغير ظهار فلم يسقط الكفاره كالايلا والوجه الثاني
وهو اصح لا كفاره عليه لان لفظ التحريم موجب للكفاره سواء الى النوع ان يتعلق
بالوطي فالايلا وهذا غير حالف ويكون قول الشافعي خارجا عن قول ابي حنيفه
وابن ابي ليلى عليه الكفاره فحمل على انه صح من الايلا وهذا الظهار فعاد جوابه الى
الايلا دون الظهار وهو قول ابي الطيب بن سلمة فصل والقول الثاني انه يكون مظاهر
بالوقت كما يكون مظاهرا بالمطلق المؤبد وهذا اصح القولين لان الظهار كالطلاق
ثم ثبت انه لو قال لها انت طالق شهرا صار طلاقا مؤبدا كذلك اذا ظاهر منها شهرا
صار مؤبدا يستوي بعد مضي المدة فيشبهها في الظهار كما يستوي بالطلاق من
يعتبر التحريم وما بعده من المشبه بها في الظهار والعرف بينهما ان الوقت اذا دخل
في الظهار فقد نافاه التابيد في المشبه بها فصار مظاهرا لتحقق التشبيه واذا
دخل في الوقت المشبه به لم يصر مظاهرا لانه لا يحسنه لتحريم التشبيه فعلى هذا
يصير عابدا ابا وبطا في المدة فان لم يطاها حتى انقضت المدة فليس بعايد ولا كفارة عليه
فاما هو ما نص عليه في الحلاف ابي حنيفه وابن ابي ليلى فيكون العرق بين الظاهر المطلق
والمقيد في العود ان يكون العود في الظاهر المطلق امساكها عقيب الظهار والظهار
المقيد بطيها في مدة الظهار والعرق عن العود بينهما ان المقيد عليه يجاز ان يكون
الامساك لوقتها فيها فلذلك لم يصر عودا وليس للمطلق غاية فجاز ان الامساك عابدا
لها فلذلك صار عودا والوجه الثاني وهو قول المزني واختيار اكثر اصحابنا

ان يكون عابدا فيه بالامساك كعوده في الظهار المطلق لان ما اوجب الكفارة في الحل ...
صفتها بالتقييد والاطلاق كسائر الكفارات واحتج الشافعي لهذا الوجه على ... في
في الخلاف ابي حنيفه وابن ابي ليلى انه اذا عقد الظهار بالوطي في مدة مقدره كانه
قال ان وطيتك في هذا اليوم فانت علي كظهر امي وان لم يطاها فيه لم يصر مظاهرا ولم
يلزمه كفاره وان وطيها فيه صار مظاهرا ولزمته الكفارة اذا مضى عليه زمان العود
وان لم يطاها حتى مضى لم يصر مظاهرا ولم يلزمه الكفارة واستظهر كلام الشافعي على
هذا الاضمار لما ذكره المزني من تعلقه العود والله اعلم مسله قال الشافعي فوله
ظاهر منها ... قبل ان يطاها فلما الكفاره خرجت من الايلا وان انقضت اربعه
اشهر وهي وان قلت اني اعتق او اطعم لم يمهل اكثر مما يمكنه او ما استنهبه
قلت اصوم قيل انما امرت بعد الاربع بان تفي او تطلق والعود لا يجعل لك ... اشهر
وهذا صحيح اذا اجتمع بين الظهار والايلا فنقلهما فان قدم الظهار وعاد فيه ثم
الا صار بعد الظهار موليا ولا يمنع تحريم الظهار من ثبوت الايلا لانها بعد الظهار
زوجه وان حرمت عليه ويكون مدة الايلا من وقت يمينه وان كانت محرمة عليه بالظهار
لان تحريمها بسبب من جهته فصار كتحريمها باحرامه وان قدم الايلا ثم عقبه الظهار
ثبت الظهار وصار عابدا فيه ولا يمنع عقد اليمين في الايلا من ثبوت الظهار بعده لانها بعد
الايلا زوجه كهي قبله ويكون زمان الظهار محسوبا عليه في مدة التربص فاذا قال
كفر عن ظهاره في مدة التربص بعتق او اطعام او صوم شهرين اجزاه وسقط بالتكفير
حكم الظهار وصار بعد مدة التربص كمولي غير مظاهر وان لم يكفر عن الظهار
حتى انقضت مدة التربص فقد اجتمع عليه امران يتنافيان احدهما موجب للوطي وهو
ان يكفر وهو الايلا والثاني مانع من الوطي حتى يكفر وهو الظهار فان قال انا ... على الايلا
حتى اكفر عن الظهار نظر فان كان ممن يكفر بالعتق او الاطعام امهل مدة يقدر فيها على
العتق والاطعام كاليوم ونحوه لان زمانه قريب يجوز الاصطبار بمثله فان كان
ممن يكفر بالصيام لم يمهل لانه صوم شهرين متتابعين الى انقضاء التربص صار المدة

وان كان نفاسها واحد الثمنين كان كالواجد لها في المنع من الصوم لامرين احدهما
قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين والقادر على الثمن منسوب الى الوجود كما قال
تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا فكان الواجد لثمن الماء في حكم الواجد للماء والثاني ان حقوق
الاموال اذا تعلقت بالذمم كان الواجد لاثمانها في حكم الواجد لها في استحقاق وصفها كما
قال تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدي فمن لم يجد فصيام ثلثة ايام فكان الواجد
لثمن الهدي في حكم الواجد للهدي في ان لا يجوز له الانتقال الى الصوم وكما نقول ان الواجد
لصداق الحرة في حكم من تحته حرة في ان لا يجوز له نكاح الامة فان قيل فاذا وجب عليه في الزكاة
ابنة مخاض وهو واجد لثمنها جاز له الانتقال الى الجبران ولم يكن الواجد لثمنها كالواجد لها
قيل الفرق بينهما من وجهين احدهما من طريق النص وهو ان النبي صلى الله عليه قال فان لم تكن ابنة
مخاض فابن لبون ذكر فراعا وجود ابنة مخاض في المال فاذا لم تكن وجب شرط البدل في جواز العدول
انه قال الله تعالى في عتق الظهار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فلم يراع مالا
دون مال فاستوى بين العين والثمن والثاني من طريق المعنى وهو ان زكاة المال
في العين فراعينا وجود العين دون الثمن والكفارة في الذمة فاستوى فيها وجود العين
والثمن **فصل** فاذا ثبت ان وجود الثمن كوجود الرقبة في المنع من الصوم فان كان ماله
الثمن غائبا عنه لم يكن له الصوم وانتظر بالعتق قدوم ماله ولو كان مال المتمتع من ثمن
الهدي غائبا عنه جاز له الصوم والفرق بينهما من وجهين احدهما ان محل هدي المتمتع
معين بزمن ومحل وجوده في مكة [illegible] والثاني ان زمان الصوم في التمتع معين بزمن وجود
الهدي قبله وزمان الصوم في الظهار غير معين بزمن وجود الرقبة على الاطلاق
فلو وجد المظاهر الثمن ولم يجد الرقبة انتظر وجودها ولم يصم ولو وجد المتمتع الثمن ولم
يجد الهدي ففيه وجهان احدهما ينتظر القدرة على ابتياعها ولا يصوم كالمظاهر
والوجه الثاني يعدل الى الصوم ولا ينتظر بخلاف المظاهر والفرق بينهما ما ذكرناه من تعيين
زمان الصوم فيه وعدم تعيينه في الظهار ولو لم يجد المظاهر الرقبة
الا باكثر من ثمنها لم يلزمه الشرى ولم يجز له الصوم ولو لم يجد المتمتع الهدي الا باكثر

من ثمنه [illegible] فمنع منه لمخالفة النص وطولب بحكم الايلاء فان طلق فيه خرج بالطلاق
عن حكم الايلاء وكان على ظهاره وان اراد الوطء فيه امتنع منه لان الظهار قد حرم
عليه الوطء قبل التكفير عنه وهل يجب على المراة منع نفسها منه ام لا على وجهين احدهما
لا يجب عليها منع نفسها منه وعليها التمكين من نفسها اذا استدعاها لانه تحريم يختص
به دونها فعلى هذا ان مكنت من نفسها كان الاثم عليه دونها وان منعته سقطت
مطالبتها كما لو منعته من غير ظهار والوجه الثاني يجب عليها منع نفسها منه
ويحرم عليها تمكينه اذا استدعاها لان التحريم وان كان من جهته فهو عائد عليها
ومختص بها كالرجعية فصار التحريم متوجها عليها فعلى هذا لا يسقط حقها من المطالبة
بخلاف الرجعية لان الرجعية جارية في فسخ وهذه بالظهار غير جارية في فسخ فهل
يحتم بتحريم الوطء عليه طلاقها ويتعين على وجهين احدهما انه يتعين عليه الطلاق ويحتم
اذا كان يعجز عن ستين [illegible] عن احدهما يتعين عليه الاخر والظهار على هذا ان
طلق طوعا والا طلق الحاكم عليه جبرا قولا واحدا والوجه الثاني لا يتعين عليه الطلاق لان
عجزه عن الوطء بالتحريم كعجزه عنه بالمرض ثم لا يتعين عليه الطلاق في المرض كذلك لا يتعين
عليه مع الظهار فعلى هذا لو تخير [illegible] الطلاق [illegible] بالايلاء غير معذور ثم يوجد
ما يعجز عن ظهاره [illegible] فيه مع المهلة منه فاذا تعذر العذر ولزمه ان يفي
بالاصابة [illegible] وكلام [illegible] والله اعلم

باب عتق المؤمنة في الظهار من كتاب [illegible]

قال الشافعي [illegible] قال الله تعالى في المظاهر فتحرير رقبة [illegible] واحدا
فلم يجز غيرها [illegible] في الظهار [illegible] وهي غير [illegible]
عليها فان عجز عنها فصيام شهرين متتابعين فمن لم يستطع فان عجز عنه اطعم ستين
مسكينا وهو نص القران قال الله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا فاذا [illegible] البدل لم يكن
العدول اليه الا عند العدم [illegible] الرقبة [illegible]

من بيته لم يلزمه ان يشرع في اجزاء الصوم وجها على ما ذكرنا **مسألة** قال ولا يجزئ
واشترط الله تعالى في رقبة القتل مؤمنة كما اشترط العدل في الشهادة واطلق الشهود
في مواضع فاستدللنا على ان ما اطلق على معنى ما شرط وان ما رد الله اموال المسلمين
على المسلمين لا على المشركين وفرض الله الصدقات فلم تجز الا للمؤمنين فكذلك ما فرض
الله من الرقاب لا يجوز الا المؤمن فقال اصحابه لا يجوز ان يعتق في كفارة الظهار
الا رقبة مؤمنة وكذلك كل رقبة تعتق في كفارة حتى قال ان في عتق النذر المطلق
انه لا يجوز الا مؤمنة ومذهب في الكفارات استدلال ما ... على احمد واسحق وقال
ابو حنيفة يجوز في عتق الظهار وسائر الكفارات سوى القتل عتق كافرة الكتابية دون
الوثنية وهو قول سفيان الثوري والنخعي وعطاء استدلالا بقوله تعالى فتحرير رقبة
فكان الاستدلال بها من وجهين احدهما الاطلاق المقتضي ما وقع الاسم عليه من غير
تخصيص والثاني ان اشتراط الايمان زيادة على النص والزيادة على النص تكون نسخا
ونسخ القرآن لا يكون الا بالقرآن او باخبار التواتر ومن طريق المعنى انهم قالوا انها
رقبة تامة في عتقها قربة فوجب ان يجزئ في كفارة الظهار كالمؤمنة واحترزوا
بقولهم تامة من ذوات النقص وبقولهم في عتقها قربة من الوثنية لانه لا قربة
في عتقها قالوا ولان الكفر معنى يجب به القتل فوجب ان لا يمنع من العتق في كفارة
الظهار كحق العبد للقاتل قالوا ولان الكفر معصية في الدين فلم يمنع من الاجزاء في كفارة
الظهار كالفسق ودليلنا قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة واستدل الشافعي بها
بان لسان العرب وعرف خطابهم يقتضي حمل المطلق على المقيد اذا كان
من جنسه فحمل عرف الشرع على مقتضى لسانهم وقد قيد الله تعالى كفارة القتل بالايمان
واطلق كفارة الظهار فوجب ان يحمل مطلقها على ما قيد من كفارة القتل كما قيد الشهادة
بالعدالة في قوله واشهدوا ذوي عدل منكم واطلقها في قوله واستشهدوا شهيدين
من رجالكم فحمل هذا المطلق على المقيد في اشتراط العدالة كذلك الكفارة فذهب
اصحاب الشافعي الى ان وجب حمل المطلق على المقيد من عرف اللسان اذا
جمع شرطين احدهما ان يكون الحكم في الموضعين واحدا وان كان يحتملها الحمل

وان كان من اصلين مختلفين اعتبر اطلاقه
والثاني ان لا يكون للمطلق الا اصل واحد فان تقيد بعد اصل فاسد
على احدهما بعرف اللسان الا بدليل يوجب حمله عليه
وطريقه عن ستة من ثلثة اوجه احدها ان الله تعالى ذكر الاطعام في كفارة الظهار
ولم يذكره في كفارة القتل واطلقه فلم يحمل هذا المطلق على هذا المقيد في
دخول الاطعام في كفارة القتل كما دخل في كفارة الظهار والثاني انه شرط
التتابع في صيام الظهار واطلقه في صيام الكفارة ثم لم يحملوا الاطلاق على
ذلك المقيد في استحقاق التتابع والثالث ان الله تعالى اوجب في الوضوء
غسل اربعة اعضاء واقتصر في التيمم منها على عضوين ثم لم يحمل المطلق على ان الاطلاق ان الاصل
التيمم الحمل على تقييد الوضوء يستوعب بها تطهير الاعضاء الاربعة والجواب عنه
التي قررناها مسلم وليس ينتقض بما ذكره واما الاطعام في كفارة القتل فعنه جوابان احدهما ان هذا اسقط الاعتراض
به والثاني ان المطلق لا يحمل على المقيد في حمل الاصل لانه انما يحمل المطلق على المقيد في الصفة
اذا كان الحكم واجبا فاما في اثبات اصل الحكم فلا وهذا انما هو اثبات حكم لا صفة
واما صيام كفارة اليمين في استحقاق تتابعه فجوابان احدهما ... اسقط
الاعتراض به والثاني انه غير مستحق ولا يقيد به الاصل انما يحمل المطلق على المقيد
اذا لم يتنازعه اصلان والصوم في كفارة اليمين بين اصلين احدهما يوجب التتابع
وهو صوم الظهار والثاني يوجب التفرقة وهو صوم التمتع وليس حمله على احدهما
باولى من حمله على الاخر فترك على اطلاقه فان تعتبر انه بين تتابعه وتفرقته كما يعتبر
مثله في قضاء رمضان لما اطلق وهو بين هذين الاصلين حمل على اطلاقه في التخيير بين
تتابعه وتفرقته واما التيمم فلم يحمل اطلاقه على تقييد الوضوء لانه من اثبات حكم لم
يذكر وحمل المطلق مختص بالصفة ولذلك جعلنا الاطلاق الذي في التيمم على المرافق لتقييد
ذلك في الوضوء بها ... على اسماء ... وسائر الصحابة
فما الحمل المطلق على المقيد من طريق المعنى لا من موجب اللسان ومقتضى اللغة فهذا قول اهل معرفة
بلسان العرب وموضوع كلامهم فهم تارة يجوزون ... تارة ... الاختيار

وثانيه ينبغطون بعضها للترجيح زياده بين كون الصفه اذا تقدم لها ذكر كالشهاده وزياده
بينه بالاولى على الفعل زياده بالاعلى على الادنى تعرف هذه المواضع كلامهم لم يسلكوا حمل المطلق
على المقيد من طريق القياس دون المعنى وان كان المعنى في الكفاره يوجبه على ما سنذكره ويدل
على ذلك من طريق السنه ما رواه محمد بن عمرو عن ابي سلمه عن ابي هريره ان رجلا من [illegible] اتى النبي
صلى الله عليه وسلم ومعه جاريه سوداء فقال يا رسول الله ان امي ماتت وعليها رقبه
عنها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اين الله فاشارت الى السماء فقال لها من انا
فاشارت اليه فقال اعتقها فانها مومنه [illegible] مكان الدليل في هذا الخبر
من وجهين احدهما اعتبار الايمان ولو لم يكن شرطا لما اعتبره والثاني تعليقه بالاجزا
فان قيل انما اعتبر الايمان لتعلقه بالاجزا لان في الروايه انه قال على رقبه مومنه
روى عن سعيد بن جبير عن ابن عباس ان رجلا اتى بجاريه فقال يا رسول الله
علي عتق رقبه مومنه افاعتق هذه فقال لها اتشهدين ان لا اله الا الله وان
رسول الله قالت نعم قال اتصومين قالت نعم قال اعتقها فانها مومنه [illegible] زياده
زياده يجب ان [illegible] اولى [illegible] احدهما ان الزياده اولى اذا كان الخبر واحدا
وهذا الخبران في قضيتين والثاني [illegible] ان يكون قوله علي رقبه مومنه
لعلمه بان العتق في الرقاب لا يجزي فيه الا مومنه [illegible] لا نسلم
نقل في الحديث انه [illegible] من طريق المعنى انه تكفير بعتق فوجب
ان يكون من شرطه الايمان كالعتق في كفاره القتل ولانه عتق [illegible] في كفاره
الظهار كالمعيبه ولانها منقوصه بالكفر لم تجز في كفاره القتل فلم تجز في كفاره
الظهار كالمعيبه ولانها منقوصه من طريق الاستدلال [illegible] اشياء احدها ما ذكره ان
ان الله تعالى نص في [illegible] الكفارات [illegible] ووضع الايدي [illegible]
دون المشركين [illegible]
[illegible] بالعتق [illegible] المسلمين دون المشركين [illegible] ان الله تعالى
اباح استرقاق المشركين [illegible]
[illegible] برفع الذل [illegible] مع استرقاقه

رقبه هو المامور في استرقاقه بدله والثالث ان عتق الكافر ما يثبت على التابيد
والكافر انما يدلا [illegible] ان ينقض العهد ويلحق بدار الحرب لم [illegible] استرق
ولا يتصور هذا في عتق المسلم وانما [illegible] عتق المسلم لانه تابيد [illegible] عتق الكافر لانه
غير تابيد فاما الرابع والجواب عن تعلقهم بعموم الاطلاق فهو تخصيصه بما ذكرنا والجواب
عن تعلقهم منها بان الزياده على النص نسخ من وجهين احدهما ان الزياده على حكم النص
بدليل قام عليه لا تكون نسخا والثاني ان تخصيص بعض ما شمله العموم واخراج بعضه
مما تناوله لا زياده وانما صار تخصيصا لامرين احدهما ان العموم [illegible] عتق الكافر
والمومنه واشتراط [illegible] انما تخرج منه عتق الكافره والثاني جواز استثنا
الكافره منه [illegible] رقبه مومنه ان يكون كافره فبان انه تخصيص وامر
زياده واما الجواب عن قياسهم على المومنه والعاقله والفاسقه فهو ان المعنى فيهم
جواز عتقهم في كفاره القتل فلذلك اجزا في الظاهر والله اعلم **مسله**
قال ان نعم ولو كانت اعجميه ووصفت الاسلام وهذا صحيح لعموم قوله تعالى فتحرير
رقبه ولم يفرق بين الاعجميه والعربيه والحديث ابي هريره في الجاريه السوداء
بالاشاره [illegible] ولان الايمان [illegible] باللفظ الاعجمي [illegible] باللفظ العربي
مسله قال وان [illegible] عتق [illegible] عن الاعتقاد [illegible]
[illegible] الاسلام الابوين معا او اسلام احدهما [illegible] لاولادهما
صبيه [illegible] اسلام [illegible]
قال الله تعالى والذين امنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان الحقنا بهم ذريتهم
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل مولود يولد على الفطره وابواه يهودانه وينصرانه
ويمجسانه [illegible] فاما اذا اسلم احد الابوين
فقد اختلف الفقها هل يكون اسلاما لصغار اولاده ام لا على ثلثه مذاهب احدها
وهو مذهب مالك انه لا يكون مسلما حتى يسلم ابويه معا والثاني وهو مذهب ابي حنيفه
انه يكون مسلما باسلام ابيه [illegible] والثالث وهو مذهب الشافعي

وأكثر الفقهاء أنه يكون مسلما باسلام كل واحد منهما أبا أو أما وفي قوله تعالى والذين آمنوا واتبعتهم
ذرياتهم والأولاد من ذرية الأم كما هم من ذرية الأب وقال الله تعالى في أم مريم إني أعيذها
بك وذريتها من الشيطان الرجيم وقال الله تعالى ومن ذريته إلى قوله وزكريا ويحيى وعيسى
وهو ولد بنت ولقول النبي صلى الله عليه وسلم فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه
فجعله تبعا لهما على التهويد بهما فدل على أنه لا يكون بانفراد أحدهما يهوديا
ولقول النبي صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى عليه فإذا اختلف دين الأبوين
غلب دين الاسلام لعلوه على سائر الأديان ولأنها لو أسلمت والولد حمل صار مسلما
باسلامها فكذلك إذا أسلمت بعد وضعه وقبل بلوغه فإن قالوا إذا كان حملا
فهو متصل بها يجري مجرى أعضائها فلم يعتبر غير حملها فإذا وضعته فقد انفصل
فلم يتبعها في البيع إذا كان حملا وإن تبعها إذا كان متصلا فلما كان اتباعه في الدين يصح
بعد انفصاله لأنه لو تبع أبواه لم يخل الجمع بينهما ولأن التعصيب في الأم متحققة وفي الأب
مظنونة فلما صار باسلام الأب مسلما فالأولى أن يصير باسلام الأم مسلما فأما قوله
لأنه يتبع أباه في النسب والحرية وعقد الصلح تبعه في الاسلام دون الأم فلم يصح
الاعتبار بعقد اسلامها وهو حمل ثم قد يصير تابعه دون أبيه في الحرية والرق فلا
ينبغي أن يكون تبعا للأب لاشتراكهما في التعصيب دون الأم في الاسلام

فصل فإذا ثبت أنها تصير مسلمة باسلام الأبوين جاز عتقها وهي صغيرة وقال
أحمد لا يجوز عتقها إلا بعد بلوغها وقال مالك لا يجوز عتقها إلا بعد أن تصلي وتصوم
بعد البلوغ واستدل لكل واحد منهما أن الاسلام يتبع دينه الجنين لا البالغ
فلا يجوز في الكفارة إلا البالغ والثاني أن الصغيرة لزمانة لا يستقل بالعمل وعتق الزمن
لا يجزئ في الكفارة كذلك الصغيرة وأما مالك فاستدل بأن اسلامه قبل الصلاة والصيام
مظنون وبعده متحقق ودليلنا عموم قوله فتحرير رقبة ولم يعتبر في الكفارة فيه
مسلمة سليمة فجاز عتقها كالكبيرة ولأن عتق الصغير أطول في الحرية نفعا فما
كان العتق أولى أن يجزئ من أسر الرق من الكبير فكان العتق في الكفارة أولى ولأن العتق في الكفارة

مواساة والصغير أحق بالمواساة من الكبير وأما الجواب عن الاستدلال بالدية في الجنين فمن
وجهين أحدهما من حيث المعنى أما الظاهر فهو أن الشرع فرق بينهما في إطلاق الرقبة
في الكفارة وتقييده في الدية بغرة عبد أو أمة وأما المعنى فهو أنه في الدية في مقابلة
تلف فلزم أن يكون معلومة وفي الكفارة مواساة فجاز أن تكون مجهولة وأما الجواب عن
قولهم إن الصغير زمانة فهو أن نقص الزمانة لا يزول ونقص الصغير يزول وأما
الجواب عن قول مالك أن اسلامها مظنون فهو أن اسلام الصائم المصلي مظنون لجواز
أن يبطن الردة ويظهر الاسلام وإن كان نطقا [illegible] وفي المستحق القصاص إذا
قتله مسلم فلذلك أجزأ في الكفارة **مسألة** قال الشافعي ولو أعتق خرساء جبلية
تعقل الإشارة بالإيمان أجزأته وأحب إلي ألا يعتقها إلا أن تكلم بالإيمان وأما الأخرس
إذا علم بأمانه [illegible] فعتقه في الكفارة جائز ولا يمنع خرسه من إجزاء عتقه لأنه
عيب لا يضر بالعمل إضرارا بينا وكذلك الأصم وإن اجتمع الخرس والصمم لم يجز في عتق الكفارة
لأن اجتماعهما مضر بالعمل إضرارا بينا فأما الخرساء الجبلية التي لم يمنع أحد أبويها في
الاسلام فإذا وصفت الاسلام بالإشارة بعد البلوغ وكانت تفهم ونفهم الإشارة
صح اسلامها وأجزأ عتقها لحديث الشريد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اختبر اسلام
السوداء بالإشارة ولأن إشارة الخرساء في سائر الأحكام تقوم مقام النطق فكذلك في
الاسلام **فصل** فإذا تقرر أن اسلامها معتبر بالإشارة فقد نقل
المزني أنه إذا أعتقها بعد الإشارة بالاسلام أجزأته وروى الربيع كذلك إلا
إذا أشارت بالاسلام وصلت جاز عتقها واختلف أصحابنا فيما رواه الربيع من الصلاة
بعد الإشارة هل يكون شرطا في جواز العتق أم لا على وجهين أحدهما
أنها توكيد وليست شرطا على ما نقله المزني لأن رسول الله صلى الله عليه
وسلم اقتصر من الأعجمية على الإشارة بالاسلام دون الصلاة والوجه الثاني
أن الصلاة من الأخرس شرط في صحة اسلامه بالإشارة وحمل إطلاق المزني على
تفسير الربيع لأن الإشارة من الأخرس محتملة فصارت الصلاة منه

استشرك فيه الناطق والاخرس فاذا امكن احتمال اسلامه بما يشير به كان
المحوا الاختصار على ما خص به والله اعلم **مسألة** قال الشافعي ولو
ستبصبه مع ابويها فانا كان بن يعقلن ووصفت الاسلام وصلتا الا انها لم
تبلغ لم يجزه حتى يصف الاسلام بعد البلوغ واما اذا سبيت الصبي او الصبية مع
ابويها او مع احدهما فلا اعتبار بحكم السابي وهي معتبرة الدين بمن سبي معها من ابويها
وان اسلم احد ابويها المسبي معها كان اسلاما لها واجزا عتقها في الكفارة وان
لم يسلم واحد منهما فهي على حكم الكفر سوا كان السابي لها مسلما او كافرا فان وصفت الاسلام
بعد بلوغها حكم باسلامها وجاز عتقها وان وصفت الاسلام قبل بلوغها وصلت
نظر فان كان ذلك قبل تمييزها وعقلها ما تقول وتفعل لم يجز ذلك اسلاما
وان كان بعد التمييز والعقل فيما تقول وتفعل كالمراهقة فمذهب الشافعي انه لا يصح
من غير البالغ اسلام فلم يصح منه ارتداد لارتفاع القلم وقال ابو سعيد الاصطخري
من اصحابنا يصح اسلامه قبل البلوغ اذا عقل ما يقول وميز ما يفعل وبه قال ابو حنيفة
ولا يصح منه الردة وفرق بينهما لان الاسلام من غير البالغ يصح تبعا لابويه فصح منه وردته من غير
البالغ لا يصح تبعا لابويه فلا يصح منه وقال بعض اصحابنا واختاره الداركي انه
يكون مسلما في الظاهر ويكون اسلامه في الباطن موقوفا على بلوغه فان اقام على
اسلامه بعد البلوغ حكم باسلامه ظاهرا وباطنا وان لم يقم نقض في الظاهر
وكان مقبولا في الباطن والكلام مع ابي حنيفة في هذه المسألة يأتي في موضعه
فعلى مذهب الشافعي لا يجزي عتقه قبل البلوغ وبعد وصفه الاسلام يجزيه على مذهب
الاصطخري وابي حنيفة وكان موقوفا على الوجه
الثالث فان اقام على اسلامه بعد البلوغ اجزا عتقه لانه صح اسلامه
ظاهرا وباطنا وان اظهر الكفر لم يجزه لانه قد بان ان اسلامه ظاهرا وباطنا
وان مات قبل ان يصف احد الامرين اجزاه في الظاهر ولم يجزه في الباطن
فصل فاذا سبي الطفل دون ابويه تبع في الظاهر من سابيه

انه معتبر بحكم سابيه ويصير مسلما باسلامه لان الطفل تبع لغيره فاذا لم يتبع ابويه
لانفراده عنهما صار تبعا لسابيه لاختصاصه به فعلى هذا يجزي عتقه في الكفارة
وقال بعض اصحابنا لا يكون تبعا للسابي لان عدم التعصيب لا ينقل حكمه الى مالكه كالرق
كالمشتري فعلى هذا لا يجزي عتقه في الكفارة والله اعلم **مسألة** قال الشافعي ووصفها
للاسلام ان تشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وتبرأ من كل دين خالف الاسلام قال
واحب لو امتحنها بالبعث والنشور وهذا صحيح المعتبر في وصف الاسلام ثلثة
اشيا احدها الاقرار بالشهادتين والثاني البراءة من كل دين خالف الاسلام والثالث الاعتقاد
بالبعث والنشور فاما الاقرار بالشهادتين فهو قوله اشهد ان لا اله الا الله واشهد
ان محمدا رسول الله وهذا شرط في اسلامه ولا يصح الا به لان رسول الله صلى الله عليه اخذه
على كل من اخذ عليه الاسلام واما البراءة من كل دين خالف الاسلام فقد اختلف اصحابنا فيه هل
هو شرط لا يصح الاسلام الا به ام لا على ثلثة اوجه احدها انه استحباب وليس بشرط واجب
لان ما سواه من سائر الاديان من موجبات الاسلام فلم يكن شرطا في ثبوته كالصلاة والصيام
والوجه الثاني انه شرط واجب لا يصح الاسلام الا به لرفع الاحتمال عن شهادته بما روي
ان رجلا من اليهود اتى في جماعة من اصحابه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله
عن امور من معالم الدين فاخبره بها فقال اشهد انك نبي مبعوث فقال له ولمن معه ما منعكم
ان تتبعوني قال نخاف ان تقتلنا يهود ان داود دعا ان يجعل الله النبوة في ولده فلم
يجر عليه رسول الله صلى الله عليه حكم الاسلام مع الاعتراف بنبوته وانه قد كان تشهد
بان لا اله الا الله لانه لم يبرأ من دينه فدل على ان البراءة من كل دين خالف الاسلام شرط في
ثبوت الاسلام والوجه الثالث وهو قول ابي اسحق المروزي وابي حامد المروروذي
انه شرط في الاسلام فيمن زعم ان محمدا نبي مبعوث الى ولد اسمعيل دون اسحاق وهذا
بعض قول اليهود وفي اسلام من زعم انه ليس بنبي فان كان من الطائفة الاولى لم يصح اسلامه
بالشهادتين الا بالبراءة من كل دين خالف الاسلام وان كان من الطائفة الاخرى صح اسلامه

بانها ذنب وان لم يتبرا من كلام يخالف الاسلام واما الاقرار بالبعث والنشور والجنة
والنار والثواب والعقاب فلا ذلك استحباب وليس بشرط واجب لان اقراره
بصدق الرسول صلى الله عليه على ثبوته يتضمن اعترافه بجميع ذلك لانه في جملة
تصديقه والله اعلم

باب ما تجزي من الرقاب وما لا تجزي

قال الشافعي رضي الله عنه ويجوز
في رقبة ان يشتري بشرط العتق لان ذلك يضع من ثمنها في البيع بشرط العتق ثلثه
اقاويل ذكرناها في كتاب البيوع احدها وهو قياس مذهبه وبه قال ابو حنيفة
ان البيع باطل وان اعتقه لم ينفذ عتقه وخالف ابو حنيفة في نفوذ عتقه مع بطلان
بيعه والقول الثاني ان البيع جائز والشرط لازم وهو المنصوص عليه في اكثر المواضع
ويوجب تعتقه بحرا ان الشرط والخيار به عن الكفارة لاستحقاق عتقها والقول الثالث
حكاه ابو ثور عنه قال ابان يسلي ان البيع جائز والشرط باطل والخيار على عتقه
لكن ان امتنع من عتقه كان للبائع الخيار في فسخ البيع فعلى هذا لو اعتقه عن كفارته
ففي اجزائه وجهان احدهما يجزي لانه استحق عتقه بعقد الكفارة واجزى عن العتق
كونه من العبد والوجه الثاني لا يجزي وهو الاصح لامرين احدهما انه لا استحق الاشتراط
عتقه بابنا في فسخ البائع ان لم يعتق فصار مستحقا والثاني ان الشرط قد اوكس من ثمنه
فصار بعضا وقد ذكرنا توجيه الاقاويل في كتاب البيوع **مسئلة** قال الشافعي
والمجزي فيها المكاتب اذا ابى من نجومه شيئا ولم يرد ولانه ممنوع من بيعه هذا اصح
عتق المكاتب واجع لا يجزي عن الكفارة وبه قال مالك والاوزاعي وقال ابو حنيفة واصحابه
يجزي عتقه عن الكفارة ان لم يؤد شيئا من نجومه ولا يجزي ان اداه استدلالا بقوله
تعالى فتحرير رقبة واسم الرقبة ينطلق على اسم المكاتب بقوله تعالى وفي الرقاب وهم
المكاتبون فصار داخلا في العموم فاجزى ولما روي عن النبي صلى الله عليه المكاتب عبد
ما بقي عليه درهم ولانه لما كان يعتق اخره لعتقه كسائر العبيد قالوا ولانها رقبة يملك رجع
رجع الى البيع فوجب ان يجزي عتقها عن كفارته كالعبد القن قالوا ولانه

عقد لحقه الفسخ فوجب ان يمنع من الاجزاء عن الكفارة كالمبيع بشرط الخيار قالوا ولانه
عقد عتق بصفة فوجب ان يمنع من تحمل عتقه في الكفارة كالعتق بصفة قالوا
ولانه عقد استحق فيه مع بقاء الملك فوجب ان يمنع من العتق في الكفارة كالمرهون
قالوا ولان عتقه يوجب فسخ الكتابة قبل العتق صار العتق واقعا بعد الفسخ وهذا لا يمنع
من الاجزاء في الكفارة كالفسخ بالعجز ودليلنا هو انه ممنوع من بيعه بعقد الكتابة فوجب
ان لا يجزي عتقه عن الكفارة كالمودي بعض نجومه وان قيل المعنى في المودي بعض نجومه
انه قد وصل الى بعض بدل العتق ولذلك لم يجز وليس كذلك من لم يؤده قيل ليس هذا
المعنى باثر في المنع من الاجزاء لانه لو ادى بعض نجومه ثم اعتقه بعد فسخ الكتابة
اجزا والكتابة لعدم هذا المعنى اثرت في الاجزاء لان العقود المانعة من اجزاء عتقه
من الاداء هي المانعة من اجزاء عتقه قبل الاداء كالبيع والصلح ولانه سبب حرية يمنع
من جواز البيع فوجب ان يمنع من عتقه في الكفارة كاستيلاد ام الولد فان قيل فالمعنى في
ام الولد استقرار سبب الحرية فيها وليس سبب الحرية في المكاتب مستقرا قيل اعتبار هذا
المعنى يفسد بالمودي بعض نجومه لان سبب حريته غير مستقر والمجزي عن الكفارة
ولانه عتق ممنوع من بيعه فوجب ان يمنع من عتقه عن كفارته كالبيع فان قيل المعنى في البيع
انه عتقه ان يمنع والمكاتب يعتقه يمنع قيل ليس اختلافهما في وقوع العتق بها مانعا من
استوائهما في عدم الاجزاء عن الكفارة كالمودي بعض نجومه ولان من لحق بعتقه لولد المكاتب
لم يجز تكفيره بالمكاتب كالورثة ولان من لم يجز ان يكفره الورثة لم يجز ان يكفر به المورث
كذلك المكاتب ولانه ممنوع من التصرف في منافعه فمنع من التصرف في عتقه عن كفارته
فوجب ان يستويا في المنع من الاجزاء عن كفارته ولان سائر احكام المكاتب متساوية
قبل الاداء وبعده كالشهادة والولاية والنسب فلم يجز العتق عن الكفارة ولان عتق
المكاتب اذا ابرا او عجز وعتقه بالاداء لا يجزي عن الكفارة فلم يجز ابراؤه بالعتق
لا يجزي عن الكفارة ولان كل من استحق نسبا سببا الى الحرية لم يعتد بعتقه كالعتق

لذلك السبب كنجعل المدبر الموحد فصار بحمل العتق فيه كذا الجنابه فعلله لا يحتمها
بالجنابه وذلك مانع من اجزايه عن الكفاره فما لو اعتق بالاداء او الجوار على الاسه
فهو المنع من اطلاق اسم الرقبه على المكاتب بدليل انه لو حلف لا عتق رقبه لم يحنث بالمكاتب
المكاتب ولو اطلق عليه اسم الرقبه لكان مخصوصا لما ذكرنا واما الجواب عن قولهم المكاتب
عبد ما بقي عليه درهم فهو ان المراد به ان لا يعتق منه شيء قبل اداء الكل لانه كالعبد
في جميع الاحكام واما قياسهم على البيع بشرط الخيار فعلته انه عقد لحقه الفسخ
فجاز ان يتعقبه فسخ ثم المعنى في شرط الخيار جواز الفسخ والبائع فيه بغير العتق واما
قياسه على المعتق بصفه فالمعنى فيه جواز نقضه بالبيع وغيره وملك اكسابه
واما قياسه على المرهون فالمعنى فيه ... كفارته لان فيه اقاويل احدها لا ينفذ عتقه
موسرا كان او معسرا والثاني ينفذ موسرا كان او معسرا والثالث ينفذ عتقه عن
يساره ولا ينفذ مع اعساره وان منع من نفوذ عتقه بطل الاستدلال به وان قيل
بنفوذ عتقه كان المعنى فيه نفاذه على ملكه وملك كسبه خلاف المكاتب ولان المرهون
يستوي بحكم عتقه بعد اداء البعض وقبله فجاز ان يستوي عتق المكاتب
بعد اداء البعض وقبله واما قولهم ان عتقه يوجب تقدم الفسخ فيه جوابان
احدهما ان عتقه ليس بفسخ كما سلم الاستدلال والثاني انه لو كان فسخا لاستوى حكمه
قبل الاداء وبعده والله الموفق **مسأله** قال الشافعي ولا يجزي ام ولد وفي قول
من لا يجيز عتقها قال المزني هو الحجر بيعها وله في ذلك كتاب وهذا كما قال لا يجزي
عتق ام الولد عن الكفاره ولا يجوز بيعها وقال داود يجوز بيعها وعتقها عن الكفاره
وقال عثمان البتي يجوز عتقها عن الكفاره ولا يجوز بيعها وهذا المذهب فاسد
وابطال بيعها ياتي من بعد والدليل على ان عتقها لا يجزي شيئان احدهما انه يستحق
عتقها عن الكفاره لقول النبي صلى الله عليه وسلم في ماريه اعتقها ولدها اي حين حققت
عتقها بولدها لا يجوز عتقها بالكفاره وعتق الكفاره ما استحق بها
ولا يستحق بغيرها والثاني انا ... بمنزله انها لو نكت

وجب على قاتلها قيمتها ناقصه فلا يستفاد والحجه عليه كمال القيمه من غير نقص
واذا كان ذلك نقصا كان نقصا في الرقبه وذلك يمنع من عتقه في الكفاره **فصل**
واما المدبر فيجزي عتقه عن الكفاره وقال ابو حنيفه ومالك والاوزاعي لا يجزيه عن الكفاره
كام الولد وهو ذلك على اصولهم في بيع المدبر فلا يجوز الحاقا بام الولد وعندنا
يجوز بيعه الحاقا بالمعتق بصفه والكلام على بيعه ياتي والله اعلم **مسأله** قال الشافعي
لو اعتق مرهونا او جانيا فادى الرهن والجنايه اجزاه اما العتق للعبد المرهون
عن الكفاره فقد ذكرنا ان فيه ثلاثة اقاويل قدمنا توجيهها في كتاب الرهن احدها ان
عتقه يصح مع اليسار والاعسار والثاني يصح مع الاعسار والايسار والثالث يصح مع
اليسار ولا يصح مع الاعسار فان ابطلنا العتق والكفاره فان والعبد رهن بحاله وان صح
بطل الرهن واجزا عتقه عن الكفاره لان المرهون كامل الملك غير مستحق العتق خلاف ام
الولد ويوخذ من الراهن المعتق قيمته ... تكون رهنا مكانه او تجعل قصاصا وان كان مؤجلا
فهو بالخيار بين ان يجعلها رهنا مكانه او يجعلها قصاصا من الحق وان اعسر بها انظر الى
ميسره فلم يغرم من بعد يساره على ما ذكرنا **فصل** واما عتق العبد الجاني عن الكفاره
فلا يخلو من الجنايه ... قال الشافعي في موضع ينفذ عتقه وقال في موضع
يفسد عتقه وقد ذكرنا في نفوذ عتقه قولين واختلف اصحابنا في محل القولين على ثلاث طرق فمنهم
من قال القولان في جنايه الخطا واما جنايه العمد فينفذ عتقه قولا واحدا ومنهم من قال القولان
في جنايه العمد فاما اذا كان خطا فلا ينفذ عتقه قولا واحدا ومنهم من قال القولان في العمد
والخطا معا فان سوينا بين العمد والخطا سوينا بين الموسر والمعسر وان فرقنا بين العمد والخطا
ففي فرقنا بين الموسر والمعسر وجهان احدهما لا فرق بين يسار السيد واعساره لا انه يجعل
العتق باليسار والاعسار ... والوجه الثاني يفرق بين الموسر والمعسر فمن قال
بهذا اختلفوا فقال بعضهم ان كان موسرا نفذ عتقه قولا واحدا وان كان معسرا فعلى قولين
واذا صح ما ذكرنا من ترتيب القولين في العمد والخطا في اليسار والاعسار
فان قيل ان العتق قد نفذ اجزا عن الكفاره لانه عتق لا يستحق بغير الكفاره

وان كان المعتق صانعا لا يرش جنايته وان كانت بقدر قيمته فما دون ضمن جميعها وان كانت
اكثر من قيمته فدى بما تضمنه فقولان احدهما بقدر قيمته لا غير لانه لو بيع لم يشتر باكثر من
قيمته والقول الثاني انه يضمن ارش الجناية كلها لانه لو مكن من بيعه لجاز
ان يوجد راغب يشتريه باكثر من قيمته وان قيل ان العتق اذا صادف الحال يكون موقوفا
على اداء الارش ام لا فعلى وجهين احدهما وهو قول ابي اسحق المروزي يكون موقوفا فان ادى
السيد مال الجناية عتق حينئذ وان امتنع من الفداء بيع فيها وبطل ذلك العتق
[illegible] فقول الشافعي ولو ادى ارش الجناية اجزأه والوجه الثاني وهو قول جمهور اصحابنا
انه لا يكون موقوفا مراعا لان العتق الناجز لا يوقف والموقوف ما تعلق بالصفات وهذا
[illegible] ان يكون موقوفا وحملوا قول [illegible] على اخذه
[illegible] العتق والله اعلم **مسألة** قال الشافعي ولو اعتق عبده الغائب
فهو على غير يقين انه عتق [illegible] حال العبد الغائب اذا اعتقه عن كفارة لم تخل من ان
يكون عالم الحياة او غير عالم بها فان علم حياته تحقيقا اعتقه اجزأه وان لم يقدر عليه
بالغيبة [illegible] كانت الغيبة باباق ام بغير اباق لان العتق صادف ملكا تاما [illegible]
[illegible] العتق بعد ان يغلب عليها بالاباق [illegible] علم بالعتق او لم يعلم
[illegible] نفوذ العتق [illegible] حصول الاجزاء وان كان غير عالم بحياته
فعلى ضربين احدهما ان يعلم بها بعد العتق [illegible] والضرب
الثاني ان لا يعلم حياته بعد العتق [illegible] الشافعي فهو على غير يقين انه اعتق فظاهر
هذا الكلام ان عتقه لا يجزيه وقال في الزكاة ان عليه زكاة فطره واختلف اصحابنا في ذلك
فمنهم من نقل كل واحد من الجوابين الى الاخر وخرج اجزاء عتقه ووجوب زكاته
على قولين احدهما يجزيه عتقه عن الكفارة ويجب عليه زكاة الفطر [illegible]
[illegible] على يقين الحياة دون الشك في الموت والقول الثاني
لا يجزيه عتقه عن الكفارة ولا يجب عليه زكاة الفطر لان الاصل في الكفارة وجوبها
[illegible] فلم يسقط بالشك والاصل في الزكاة براءة ذمته فلم تجب بالشك وقال اخرون

من اصحابنا وهو قول الاكثرين ان الحرية عن الكفار [illegible] ان يكون [illegible] وجب عليه زكاة الفطر
لجواز ان يكون حيا والفرق بينهما من وجهين احدهما ان الاصل ارتهان ذمته بالكفارة بالظهار
المحقق [illegible] بالزكاة [illegible] الملك المحقق فلم تسقط العبادة بالحياة المشكوك فيها [illegible] الزكاة
بالموت المشكوك فيه والثاني ان [illegible] حق له ووجوب الزكاة حق عليه وهو لو
[illegible] **فصل**
ولو اعتق عن كفارته عبدا مغصوبا [illegible] انه صادف ملكا تاما قال ابو حامد الاسفراييني لم يجزه
عن كفارته لانه [illegible]
ان الاجزاء معتبر بان [illegible] على الخلاص من غاصبه [illegible] وان لم يقدر
على العود الى سيده اجزاه عن كفارته لانه قادر على منافع نفسه وان لم يقدر على الخلاص
والهرب فالاجزاء موقوف فان قدر بعد ذلك على الخلاص [illegible]
وان لم يقدر على الخلاص حتى مات [illegible] ولم يمنع ان يكون اجزاؤه موقوفا [illegible]
[illegible] **فصل** ولو اعتق حمل جارية يعتق الحمل دون
[illegible] لم يجزه عن كفارته [illegible] الشافعي احدهما انه مشكوك الحال بين ان يكون
حملا [illegible] والثاني انه [illegible] عن الدنيا [illegible]
[illegible] لم يوجب عليه زكاة الفطر [illegible] والفرق بين الحمل اذا [illegible] المغصوب
ان [illegible] المانع في المغصوب موجود [illegible] في الحال وفي الحمل معدوم
ولو اعتق الام عتق معها حملها وان كانت [illegible] عتق الام دون الحمل والفرق [illegible]
الام حيث سرى الى حملها [illegible] عتق الحمل [illegible] الى امه ان الحمل تابع والام متبوعة **مسألة**
قال الشافعي ولو اشترى من يعتق عليه لم يجزه لانه عتق بملكه اما الذين يعتقون عليه بالملك فهم الوالدون
من الاباء والامهات والاجداد والجدات والمولودون من البنين والبنات واولاد البنين واولاد
البنات ولا يعتق من عدا هذين الطرفين من [illegible] الاقارب والعصبات فاذا اشترى احدهم
[illegible] عتق عليه بالملك ولم يجزه عن الكفارة [illegible]

احدهم بنية الكفارة اجزاه استحسانا لانها رقبة سليمة صادفتها الحرية بسبب العتق
ويجب ان يجزيه عن الكفارة كما لو اعتق العبد القن ولان العتق بالملك اقوى من العتق بالمباشرة لانه بالملك
متحتم وبالمباشرة مخير فلما اجزاه عتق المباشرة كان اولى ان يجزيه عتق الملك ولان العتق
بالملك قربة وعتق الكفارة قربة وليس بينهما تناف فجاز اجتماعهما اولى بالاجزاء ولانه يجوز ان
القربة في المحل الواحد لا يمنع من الاجزاء كمن نذر ان يعتكف منهما بصوم فاعتكف في شهر
رمضان اجزاه صومه عن رمضان وعن نذره ودليلنا قول الله تعالى فتحرير رقبة واجب
عليه ان يحرر عتق رقبة وهذا عتق بغير تحرير فلم يجزه ... العتق
ثبت بحق الاستيلاد لم يجزه عن الكفارة كام الولد ولانه عتق مستحق بالقرابة فلم يجزه عن الكفارة
كالولد بالارث ... به الكفارة مع الارث ولان العتق المستحق بسبب اذا اضيف الى غيره لم يجز
كما لو اعتق عبده عن دكر ... الكفارة لم يجزه عن الكفارة كما لو قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر
ثم نوى قبل دخول الدار ان يصير بدخولها حرا عن كفارته لم يجزه وكان العتق
لم يجز صرفه الى الولد كالطعام فاما الجواب عن قياسهم بانها رقبة سليمة كالعبد القن
فهو انا لا نسلم ... سليمة ... العتق كالاسلام ... ام الولد ثم يستحق من
قال ان شفا الله مريضي فلله علي ان اعتق سالما ان اعتقه ... الحر ان يعتقه
عن كفارته وهو سليم من العيوب كالعبد القن انه يجوز ان يستحقه عبد لحا بان يعتقه
عن كفارته ولا يجوز ان يستحق ابا ... عبدا لم يجز ان يعتقه عن كفارته واما الجواب ... يعلم
ان العتق بالملك اقوى منه بالمباشرة ... فهو فاسد بام الولد ... المباشرة بالعتق ...
لانه لا يصرفه الى التطوع ... الواجب ... العتق بالملك الذي لا
يقدر على ... التطوع ... بالوجوب واما الجواب عن قولهم انها قربتان
فلم ... فهو فاسد ... عتق ... المشتري ... وان اجتمعت
قربتان ... شهر رمضان فقد
سلم ... عن رمضان ... **فصل** واذا كانت
امته ... عن كفارته ...

احد امرين اما ان يظهر بها حمل او لا يظهر فان لم يظهر بها حمل مخير فيها عن كفارته
لانها كسائر رقيقه وان ظهر بها حمل لم يخل ان يكون قد وطئها بعد الشراء او لم يطأها فان لم
يطأها بعد الشراء نظر فان وضعته لاقل من اربع سنين من وقت الشراء لحق به الولد وعتق
عليه بالملك واجزاه عتق الام لانها علقت به من عقد نكاح فلم تصر به ام ولد وان وضعته
لاكثر من اربع سنين من وقت الشراء لم يلحق به واجزاه عتق الام عن كفارته وعتق
الولد بعتق امه وهو حمل وان كان قد وطئها بعد الشراء فلا يخلو حال وضعه من
اقسام احدها ان تضعه لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء او لاقل من ستة اشهر من
وقت الوطء فلا يلحقه ويجزيه عتق الام عن كفارته ويعتق الولد بعتقها والقسم الثالث
ان تضعه لستة اشهر فصاعدا بعد وطئه فيلحق به من وطء في ملك اليمين فلا يجزيه عتق
الام لانها قد صارت به ام ولد ويكون الولد مخلوقا حرا والله اعلم **مسالة** قال الشافعي
ولو اعتق عبدا بينه وبين اخر عن ظهاره وهو موسر اجزاه من قبل انه لم يكن له ان يعتق ولا يرد
عتقه وان كان معسرا اعتق نصيبه فان ايسر اعتق او اشترى النصف الباقي فاعتقه اجزاه
وهذا صحيح اذا العتق للملك عبدا بينه وبين شريكه فاعتق عن كفارته لم يخل ان يكون موسرا
او معسرا فان كان موسرا بقيمة حصة شريكه عتق عليه جميعه اما نصيبه فيعتق عليه باللفظ
واما نصف شريكه ففيه ثلاثة اقاويل احدها يعتق باللفظ ايضا والقول الثاني باللفظ
ودفع القيمة معا والثالث انه موقوف مراعا فان دفع القيمة بان عتقه باللفظ وان لم
يدفع القيمة لم يعتق وتوجيه هذه الاقاويل موضع واذا تقرر هذه الاقاويل الثلاث
تفرع حكم العتق والاجزاء عليها فاذا قلنا ان العتق في نصف الشريك واقع باللفظ وقلنا انه موقوف
على دفع القيمة ... عتق باللفظ ... انه عتق نصيب الشريك الواقع باللفظ
هل يكون عتق مباشرة او عتق سراية ... احدهما انه عتق مباشرة لانه لما كان نصيب
نفسه عتق بالمباشرة لوقوعه باللفظ وجب ان يكون نصيب شريكه ايضا بالمباشرة لوقوعه
باللفظ والوجه الثاني انه عتق بالسراية لانه تابع لنصيبه فان قيل ان
... عتق ... المنوع ... فاذا صح ... الوجهين ... يعتق

جميعه عن كفارته عند لفظه بعتقه أجزأه عنه عن كفارته لأن الشرع متشوف على أن
المعتق حصة من عبد مشترك كالمعتق لجميعه إذا كان موسرا وإن نوى عتق حصته
عن كفارته ولم ينو في حصة شريكه فقد أجزأه عتق نصيبه عن كفارته لوجود نيته
مع التلفظ بعتقه وفي إجزاء عتق ما سرى إليه من حصة شريكه وجهان من اختلاف الوجهين
هل يعتق بالمباشرة أو بالسراية فإن قيل يعتق بالمباشرة أجزأه عتق ما سرى إليه من حصته
الثانية حصة شريكه وإن قيل يعتق بالسراية لم يجزه وهكذا لو كان له جميع العبد
فأعتق نصفه ونوى نصفه عن كفارته عتق عليه جميعه وأجزأه عنه النصف الذي
نواه وفي إجزاء نصفه الباقي وجهان أحدهما يجزي ويكون عتق مباشرة والثاني لا يجزي
ويكون عتق سراية **فصل** وإذا قلنا بالقول الثالث أنه لا يعتق إلا باللفظ ودفع
القيمة فإذا دفع القيمة عتق وكان عتقه بالسراية قولا واحدا ويعتق حصته
بالمباشرة فأما نية التكفير فيعتبر في حصته مع التلفظ بعتقه وفي اعتبارها
في حصة شريكه ثلاثة أوجه أحدها مع دفع القيمة لأنه وقت نفوذ العتق والوجه الثاني
وقت اللفظ لأنه سبب العتق ولا يتقدم عليه بل يجزي عتق الولد لتقدم
سببه على نيته والوجه الثالث أنه يخير بين أن ينوي مع اللفظ لأنه سبب العتق وبين
أن ينوي مع دفع القيمة لأنه وقت نفوذ العتق وأرى وجها رابعا هو الأصح عندي
أن يجمع بين النية مع لفظ العتق والنية مع دفع القيمة لأن العتق إذا وقع بسببين
لم يجز أن يختص النية بأحدهما **فصل** وإن كان المعتق
معسرا عتق نصيبه منه ولم يعتق نصيب شريكه وأجزأه عتق النصف الذي ملكه
الباقي منه [illegible] فإن أراد أن يتمم التكفير بالصيام أو الإطعام لم يجز
إذا أعتق نصف عبد أن يصوم شهرا أو يطعم ثلاثين مسكينا ليكون نصف التكفير بالعتق
ونصفه بالصيام أو الإطعام لأن الكفارة لا تتبعض [illegible] أن يكمل التكفير
بالصيام أو الإطعام فيصوم شهرين أو يطعم ستين مسكينا فعلى هذا في الذي
نصف العتق الذي [illegible] وجهان أحدهما أنه عتق [illegible] في التكفير فيصح

شهرين لأنه لا يتبعض الصيام والوجه الثاني أنه يصح تطوعا ويكون التكفير بصوم
الشهرين لأن الصوم كفارة كاملة وليس يلزمه أن يزيد عليهما فصار ما تقدم منها تطوعا
وإن أيسر بعد إعساره فهل يلزمه أن يكفر بالعتق أو لا قيل إن اعتبارنا الكفارة حال الأداء
فعلى هذا إن اشترى نصف الذي أعتق نصفه لم يعتق عليه بالشراء لاستقرار رقه بعد
العتق منه وحال الإعسار وقت عتقه فإذا أعتقه عن كفارته أجزأه وقد كمل له
عتق عبد عن كفارته فأجزأه وإن فرق العتق كالجزء تفرق الإطعام لأنه لو أعتق
نصف عبد آخر فأعتقه حتى كمل عتق رقبة من عبدين ففي إجزائه وجهان أحدهما
يجزي لكمال العتق المستحق وإن تبعض والوجه الثاني لا يجزي لأن التبعيض نقص
وعتق الناقص غير مجزئ وفيه وجه ثالث أنه إذا كان العتق نصفين من عبدين باقيهما أحرار
جاز لأنه يصلح التصرف فيهما وإن كان باقيهما مملوكا لم يجزه لدخول الضرر عليهما والله أعلم
مسألة قال الشافعي وإن أعتقه على أن يجعل له رجل عشرة دنانير لم يجزه وصورتها
في رجل عليه عتق رقبة عن ظهار وله عبد فقال له رجل أعتق عبدك هذا
عن ظهارك على أن لك علي عشرة دنانير فإذا قال له إذا أعتق عبده عن ظهارك
لك أحد الأمرين أن يقول قد أعتقت عبدي عن ظهاري على عشرة دنانير عليك
فيعتق عليه والثاني أن يعتق عن ظهاره إلا أن عتق الظهار يجب أن يكون خالصا ولا
يكون عن عوض كاليمين الظهار وغيره وهذا العتق قد جعله مشتركا بين الظهار وبين
أخذ العوض عنه فلم يخلص عن الظهار ولذلك لم يجزه عنه وإذا لم يجزه عن
الظهار صار العتق واقعا عن بذل العوض وعليه العشرة لأن المعتق صرف
العتق إلى مستحق الظهار وإلى العوض فإذا بطل أن يكون عن الظهار ثبت حكم
الحر وهو العوض فصار معتقا لعبده بعوض على غيره فيقع العتق عن باذل
العوض ويكون له الولاء وعليه ما بذله من العوض وهو المعنى بالإلزام الشافعي في باب
الإلزام **فصل** وإذا قال الثاني أنه يقول المعتق قد أعتقت عبدي هذا عن ظهاري

دون عوض فلا يعتق عن ظهاره لأنه قد جعله خالصاً عتقه ولا شيء له على باذل العوض لأنه
لم يرده لأن العتق لم يحصل له والحال الثالثة أن يقول للمعتق قد أعتقت عبدي هذا
عن ظهارك ولم يذكر العوض فلا يترجح بأنه ولا يشبهه فهذا على ضربين أحدهما أن
يعتقه بعد تطاول الزمان فخروجه عن أن يكون جواباً للبذل فيجزئ عتقه عن ظهاره
المختلف للعلتين أحدهما إمساكه عن ذكر العوض في عتقه والثاني بخروجه عن حكم
الجواب لبعده والضرب الثاني أن يعتقه في الحال عقيب البذل ففيه وجهان
أحدهما يجزئه عن ظهاره تعليلاً بإمساكه عن ذكر العوض ولا شيء له على الباذل والوجه
الثاني لا يجزئه عن ظهاره ويكون عتقاً عن الباذل وعليه ما بذل تعليلاً بأن قرب الزمان قد
خرج به جواباً فصار الحكم مصروفاً إليه والله أعلم **مسألة** قال الشافعي ولو أعتق عنه
رجل عبداً بغير أمره ما أجزأه والولاء لمن أعتق ولو أعتقه بأمره بجعل أو غير جعل أجزأه
والولاء له وهذا مثل شراء مقبوض أو هبة مقبوضة قال المزني معناه أن يعتقه عنه بجعل
اعلم أنه لا يخلو حال من أعتق عبده عن غيره من أحد أمرين إما أن يعتقه عن حي أو
ميت فإن أعتقه عن حي لم يخل عتقه من أن يكون بإذن المعتق عنه أو بغير إذنه
فإن أعتقه عنه بغير إذنه كان العتق والولاء للمعتق دون المعتق عنه سواء أعتقه تطوعاً
أو عن واجب وقال مالك إن أعتقه عنه تطوعاً لم يجزه وكان العتق عن المعتق
وله الولاء وإن أعتقه عن واجب جاز وكان عن المعتق عنه وله الولاء استدلالاً بما
روي أن عائشة أعتقت عبداً عن أخيها عبد الرحمن بعد موته ويلحقه ثوابه
ولأن العتق الواجب كالدين ويجوز أن يقضي دين الحي بغير إذنه ودليلنا قوله تعالى وأن
ليس للإنسان إلا ما سعى فكان غير ساع فيه ولقول النبي صلى الله عليه [illegible] أصدق
وشرطه أوثق والولاء لمن أعتق فلم يجعل الولاء إلا للمعتق ولأن من أعتق عن نفسه بغير نيته
لم يجزه فإن عتق غيره عنه عند عدم العتق منه وعدم النية فكان بأن لا يجزئ أولى
ولأن العبادات ضربان عبادات بدن وعبادات مال فالعبادات الأبدان
كالصلاة والصيام والحج فلا يصح فيها النيابة بحال والعبادات الأموال كالكفارة والزكاة

لا يصح فيها النيابة بغير إذن ويصح بإذن كذلك العتق في الكفارة عبادة في مال يجب
أن يصح بإذن ولا يصح بغير إذن وأما الجواب عن عتق عائشة عن أخيها فالظاهر أنه
كان تطوعاً لعلها رجاء أن ينفعه ويلحقه ثوابه وما كان يمنع من تطوع العتق بغير إذن ولو
كان عن واجب لاحتمل أن يكون عن إذنه في حياته أو بوصية منه بعد وفاته فلم يكن
فيه دليل وأما الجواب عن قضاء الدين فهو أنه لا يعتبر فيه النية ولذلك سقط بالإبراء
وإن لم يوجد فيه الأداء وإنما تعتبر النية فيه أن يعتق عنه والعتق يفتقر فيه النية
فلا يجزئ مع فقدها أن يعتق عنه **فصل** وإن أعتق عن الحي بإذنه جاز وكان الولاء للمعتق
عنه سواء كان العتق تطوعاً أو واجباً وسواء أعتقه عنه بجعل أو بغير جعل وقال أبو حنيفة
إن أعتقه عنه بجعل جاز وإن أعتقه بغير جعل لم يجز استدلالاً بأنه إذا كان بجعل
فهو بيع وعتق المبيع قبل قبضه يجوز وإذا كان بغير جعل فهو هبة وعتق الموهوب
قبل قبضه لا يجوز ولأن القبض شرط في صحة الهبة وليس العتق فيها قبضاً لأنه لم يسلم الرقبة
وإنما العتق تسليم ودليلنا هو أن العتق في الشرع قد أقيم مقام القبض بدليل أنه لو اشترى
عبداً وأعتقه في يد بائعه قبل قبضه صح عتقه وسقط عن البائع ضمانه وإذا كان قبضاً
في البيع صار قبضاً في الهبة فوجب أن يستويا في صحة العتق ولأن الأمر بالعتق يحصل
استدعاء المعاوضة يفتقر عندنا إلى الإيجاب والقبض وعنده إلى الإيجاب والقبول والقبض
والعتق قائم مقام الإيجاب والقبض عندنا وقائم مقام الإيجاب والقبول والقبض عنده ثم
وإذا أمر بالعتق بغير جعل استدعاء هبة يفتقر عندنا إلى الإيجاب والقبض وعنده
إلى الإيجاب والقبول والقبض فاقتضى أن يكون العتق بعد قيامه مقام الإيجاب والقبول والقبض
كالبيع فجاز عندنا لقيامه مقام الإيجاب والقبض كالبيع وفي هذا انفصال عن استدلال
عما ذكروه من الاستدلال لأن الجعل إذا أذن بعقد الغير لم يشترط فيها بدل العوض
كان تأويله ... وأما المزني فإنه قال معناه عندي أن يعتقه عنه بجعل ... معناه
عند الشافعي وهو خطأ عليه وقد صرح بإبطاله في قوله ولو أعتقه عنه بأمره بجعل أو

سواء في العتق عنه بأمره بين أن يكون بجعل أو غيره وإن أراد به مذهبا لنفسه
فهو قول أبي حنيفة وقد مضى الخلاف معه **فصل** فإذا تقرر ما وصفنا من
جواز العتق عنه بأمره بجعل أو غير جعل فإنه بالجعل بيع وبغير الجعل هبة
فهو لا يعتق عنه إلا وقد ملكه ثم عتق واختلف أصحابنا في تصيير ما الحاله على ثلثة
أوجه أحدها أنه يملكه بالعتق لأنه قد كان مالكا له باستدعا العتق ثم عتق عليه
بعد الملك بلفظ العتق والوجه الثاني أنه لا يملك بأول لفظ العتق ويعتق بآخر
لفظ العتق والوجه الثالث وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه يقع الملك والعتق
معا في حالة واحدة بلفظ العتق كمن اشترى أباه ملكه وعتق عليه في حالة واحدة
بنفس الشرى وفيه وجه رابع قاله أبو حامد الإسفرايني أنه يملكه بلفظ العتق ويعتق
بعد استقرار الملك وكذا نقول فيمن اشترى أباه أنه يملكه بالشرى ويعتق عليه
بعد استقرار الملك ومثال هذه المسألة اختلاف أصحابنا فيمن دعي إلى أكل
طعام متى يملكه بأكله على ثلثة أوجه أحدها يملكه بالتقديم أو الأخذ باليد والثاني
إذا وضعه في فيه والثالث إذا ابتلعه وإذا قلنا أنه يملكها إذا أخذها باليد
فهل يجوز أن يطعمها غيره أم لا على وجهين أحدهما له ذلك لأنه قد صار مالكا
لها والوجه الثاني ليس له ذلك لأنه … أن يملكها على وجه مخصوص
كالعارية التي يجوز أن يملك منافعها في حق نفسه ولا يجوز أن يعيرها غيره
فصل فأما العتق عن الميت فعلى ضربين أحدهما أن يكون عن وصية منه
فيصح سواء كان تطوعا أو واجبا لأن وصيته له تقوم مقام مباشرته له ولو باشره
عتق التطوع صح فكذلك إذا وصى به وجب أن يصح والضرب الثاني أن يكون عن غير
وصية فعلى ضربين أحدهما أن يكون العتق تطوعا فلا يصح عنه بغير وصية سوا
كان المعتق مناسبا أو غير وارث ووقع العتق عن المالك المعتق دون الميت
المعتق عنه والضرب الثاني أن يكون العتق واجبا فعلى ضربين أحدهما
يجب وجوبا … كالعتق في كفارة القتل والظهار فيصح عن

الميت بوصيته من رأس ماله وبغير وصيته من أصل تركته ويجوز أن يتطوع به
عنه وارثه أو غير وارث بأمره وبغير أمره ولأنه من لوازم الحقوق
فأشبه قضا الديون ويكون الولا فيه للميت المعتق عنه ينتقل بعد موته إلى
الأقرب من عصبته والضرب الثاني أن يكون العتق الواجب مخيرا مثل كفارة
اليمين التي يخير فيها بين العتق والإطعام والكسوة فهذا على ضربين أحدهما أن
يكون الميت قد وصى به فإن كان أقل الثلثة قيمة صح وإن كان أكثرها قيمة لم يصح
لأنه يصير بعضه واجبا وبزيادته تطوعا والضرب الثاني أن يكون من مال … دون
المعتق ففي جوازه عنه وجهان أحدهما لا يجزي عنه ويكون الولاء عن المعتق
الميت … والوجه الثاني يجزي عن الميت ويكون له
الولاء ويسقط عنه الحانث عن عصبته لأنه عتق واجب … وإن وقع التخيير
الواجب فأشبه ما لا خيار فيه **فصل** فإن … ولو أعتق عبدين عن
ظهارين أو ظهار وقتل كل واحد منهما عن الكفارتين أجزأه لأنه أعتق عن كل
واحد عبدا تاما نصفا عن واحدة ونصفا عن واحدة ونصفا عن واحدة
عن واحدة فكلاهما العتق وصورتها في رجل عليه كفارتان إما من جنس مثل
كفارة قتل وكفارة ظهار أو من جنس واحد مثل كفارتي قتل وكفارتي ظهار
فأعتق عنهما عبدين فهذا على ثلثة أقسام أحدها أن يعتق أحد العبدين بعينه
عن إحدى الكفارتين بعينها ويعتق العبد الآخر عن الكفارة الأخرى فهذا جائز
ويكون العتق فيهما على ما عين ونوى فلو أراد بعد ذلك أن ينقل كل واحد
من العبدين إلى الكفارة الأخرى لم يجز وكان العتق بائنا عن المعين الأول
والقسم الثاني أن يعتق أحد العبدين عن إحدى الكفارتين لا بعينها ويعتق العبد
الآخر عن الكفارة الأخرى لا بعينها فيصح أيضا سواء كانت الكفارتان من جنس
أو من جنسين وقال أبو حنيفة إن كانتا من جنس واحد أجزأه وإن كانتا
من جنسين لم يجزه حتى يعين …

فاشتونا في التعيين كالصلاة ولا خلاف انه في الموجب ان احداهما عن تلك الاخرى
ولا الاخرى عن ظهارها روايه انه في الموجب في احدهما الطعام والشرع الاخرى الطعام
ودليلنا هو انه حق يؤدى على وجه التكفير فلم يلزم فيه التعيين لو كان من جنس واحد
كما لو كفارتين اذا اشتبهت في الصورة نعدم التعيين لا يمنع من الاجزاء كالدماء في الحج والا
العبادات فانها احدهما لم يلزم تعيين النية في المختلف منه والمؤتلف كالصلوات يلزم تعيين
النية فيما اختلف منها كالصبح والمغرب وما اتفق منها كالظهر والعصر والثاني ما
لا يلزم تعيين النية في المختلف منه والمؤتلف كالزكوات لا يلزم تعيين النية فيما
اختلف منها كمن له خمس من الابل مهريه حاضره وخمس من الابل بعيده غائبه
فاخرج شاتين منهما من غير تعيين اجزاته لو كانت العتق من جنس واحد
في موضع واحد فلما لم يلزم في الكفارة تعيين النية في المؤتلف لم يلزم تعيينها في
المختلف كالزكاة ايضا واستشهد بالمخالف بخلاف الصلاة الصلاة لانها ما افترقا
في المؤتلف وفي هذا انفصال ولانه لو وجب تعيينها في الجنسين لوجب اذا كانت
عليه كفارة قد شك فيها هل وجبت عن قتل او ظهار ان يعتق عبدين في الوسائد
هل عليه ظهر او عصر يقضي صلاتين وقد وافق ابو حنيفة انه لا يلزمه الا عتق عبد
واحد فدل على ان تعيين النية غير واجب ○ **فصل** واما القسم الثالث
وهو مسئلة الكتاب ان يعتق كل واحد من العبدين عن كل واحدة من الكفارتين
فيعتق نصف سالم عن كفارة القتل ونصفه عن كفارة الظهار ويعتق نصف
غانم عن كفارة القتل ونصفه عن كفارة الظهار فهذا العتق يجزئ عن الكفارتين
لانه قد اعتق عنهما عبدين لكن اختلف اصحابنا هل يكون العتق مبعضا على ما نواه
او محمولا على وجهين احدهما وهو ظاهر كلامه هاهنا انه يكون مبعضا على ما نوى لان العتق
بالتبعيض قد كمل والوجه الثاني وهو ظاهر كلامه في كتاب الام وبه قال ابو العباس بن
سريج وابو علي بن خيران انه يكمل العتق فيجعل احد العبدين كاملا عن احدى الكفارتين والعبد
الاخر كاملا عن الكفارة الاخرى لان عتق بعض العبد يسري الى جميعه فاذا اشتبه

ان يعتق بعض الحرية والرق امتنع ان يعتق … هذين الوجهين يتعين
عليه عتق رقبه في كفارة فاعتق نصف عبد ونصف اخر حتى كمل عتق رقبه من عبدين ففي
اجزائها عنه وجهان احدهما الجزء الى الشقص يتبعض العتق هنالك والوجه الثاني اجزاء
غريبه اذا كان بعضه هنالك وسيأتي وجه ثالث انه ان اعتق النصف من عبدين باقيهما حر
اجزأه وان كان باقيهما مملوكا لم يجزه لانه اذا كان باقيهما حرا اجرى عليه حكم الاحرار ووجد
العتق فيهما ومثال ذلك في الزكاة ان يجب عليه شاة في خمس من الابل فيخرج نصفي شاتين
نصفا من شاة ونصفا من اخرى ففي اجزائه ثلاثة اوجه احدها يجزيه لانه قد اخرج شاة
والوجه الثاني لا يجزيه لما ادخل على الفقراء من سوء المشاركه حتى يخرج شاة كامله
والوجه الثالث ان كان باقي الشاتين ملكا للفقراء اجزأه لارتفاع الضرر عنهم وان
كان لغيرهم لم يجزه لدخول الضرر عليهم ○ **مسئلة** قال الشافعي ولو كانت عليه
الصوم فصام شهرين عن احدهما لا يدري عن ايهما اجزأه وكذلك لو صام اربعة اشهر
عنهما اجزأه وهذا صحيح اذا كانت عليه كفارتان من جنس او جنسين وانما عدم ما سواه
فله فيها ثلاثة احوال احدها ان يكون من اهل العتق فيهما وذلك ان يكون قادرا
على عتق رقبتين فعليه عتقهما على ما مضى من حكم عتقهما والحال الثاني ان يكون من اهل الصيام
فيهما وذلك ان يكون معسرا لا يقدر على عتق رقبة فعليه ان يصوم عنهما اربعة اشهر ولا يخلو حاله
في صومه فيهما من اربعة اقسام احدها ان ينوي صوم شهرين متتابعين عن احدى الكفارتين بعينها
ويصوم شهرين اخرين عن الكفارة الاخرى بعينها فهذا يجزئه وفيما قدمناه … بالتعيين
والقسم الثاني ان يصوم شهرين عن احدى الكفارتين لا بعينها ويصوم شهرين اخرين عن الاخرى
لا بعينها فهذا يجزئه ايضا وان لم يعين لان التعيين عندنا غير لازم كما ان النية في الوضوء
لا يلزم فيها تعيين الحدث … ثم هو بعد ذلك بالخيار في ان ينزل الصوم على
ايهما شاء او بعينه وسواء كانت الكفارة من جنس او جنسين وقال ابو حنيفة … كالحالف بالعتق
والقسم الثالث ان يصوم صوم اربعة اشهر ينوي به عنهما من غير تعيين فهذا يجزيه

وقد ادان يتابع بين صومي الكفارتين ولو كان شهرا من شهور التتابع عن الكفارة الاخرى
والقسم الرابع ان يصوم شهرين متتابعين عن الكفارتين وشهرين متتابعين عن الاخرى ثم
الصوم عن واحده من الكفارتين بعلامة وامتنع ان يتابع الشهرين من صوم الكفاره
وقد صار بالتبعيض متفرقا والحال الثالثة ان يكون من اهل العتق في احدى الكفارتين ومن اهل
الصيام في الكفارة الاخرى بان لا يملك الا رقبة واحده فعليه ان يبدا بالعتق عن اي
الكفارتين شاء سواء ابهم او عين فيما تقدم وجوبه منهما او فيما تاخر ثم يصوم بعد ذلك شهرين متتابعين
عن الكفارة الاخرى وهو ان يبدا بالعتق عن احداهما لا بعينها ثم بالصوم عن الاخرى
لا بعينها لانه لو كان من اهل العتق فيهما او من اهل الصوم فيهما فلو بدا بالصيام لم
يجزه العتق ولم يجزه الصوم لانه صام وهو قادر على العتق ولا يجعل العتق عن الكفارتين
معا والصوم عنهما معا فلو اخذ الكفاره من جنسين لم يجزه الصوم عن واحده من الكفارتين
واجزاه العتق عن احداهما ووجهان بناء على ما مضى احدهما انه يجعل العتق عن احداهما
وعليه ان يصوم شهرين للاخرى والوجه الثاني يكون على ما نوى من التبعيض
فلا يكمل فاته ما يكمل العتق واستدار نصف العتق عن الاخرى عن الكفارتين اجزاه
وان كان على اعساره وارادان يكمل الكفاره بالصوم لم يجزه ان يصوم عن نصف كل كفاره
شهرا لان تبعيض الصيام في الكفاره غير مجزي وكان عليه ان يصوم عن كل واحد منهما
شهرين متتابعين فيصوم لهما اربعة اشهر فعلى هذا هل يكون ما نفذ من العتق
مؤثرا في التكفير ام لا على وجهين احدهما لا يؤثر فيه لما يلزمه من تكميل الصيام والوجه
الثاني يؤثر فيه لتقدمه بالنية عنه وان كمل الصيام حيا ثانيا والله الموفق **مسئله**
قال الشافعي ولو كان عليه ثلث كفارات اما من جنس واحد او من اجناس وكان من اهل العتق
في واحده ومن اهل الصيام في ثانيه ومن اهل الاطعام في الثالثه على ما نبه الشافعي فعليه
ان يبدا بالعتق عن احداها اما معينه او مبهمه ثم بالصوم عن الثانيه اما معينه او غير معينه
ثم بالاطعام عن الثالثه اما معينه او غير معينه واما لزم ان يكون الصوم بعد
العتق لانه لا يجزي مع القدره عليه ولزم ان يكون الاطعام بعد الصوم لانه لا يجزي

مع القدره عليه فان قدم الاطعام ثم الصيام ثم العتق اجزاه العتق وحده واستانف
الصوم بعده ثم الاطعام بعد الصوم وله ان يسترجع الطعام الذي قدمه
لعدم اجزائه لان الفقراء قد ملكوه بالقبض ولو نوى وقد يثبت ان يكون بكل واحد من العتق
والصيام والاطعام عن كل واحده من الكفارات الثلث الثلاثا اعتد بجميع العتق ولم
يعتد بجميع الصيام ولا يعتد بالثلث عن الطعام وهل يكمل العتق في احدهما ام لا على ما مضى
من الوجهين ولزمه تكميل الاطعام عن احدهما وعليه استيناف الصيام عن الاخرى
مسئله قال الشافعي ولو وجب عليه كفاره فشك ان يكون من ظهار او قتل فاعتق رقبة
عن ايهما كان اجزاه ومقدمه هذه المسئله ان حكم النيه في الكفاره والكلام يشتمل فيها على
ثلثه فصول احدها في وجوبها والثاني في صفتها والثالث في محلها فاما وجوب النيه
في التكفير والصيام والاطعام لان الثلثه قد يفعل على طريق الوجوب تارة وعلى طريق التطوع
اخرى فوجب ان يتميز بالنيه ليتميز بها الواجب من التطوع واما صفة النيه فهو
ان ينوي بالعتق او بالصيام او بالاطعام انه عن الكفاره التي عليه والكرمه بعين النيه على اي كفاره
والحر به ان ينوي انه عتق واجب او صوم واجب او اطعام واجب لان الوجوب قد يتنوع
فلم يكن بد من وصف الوجوب بانه عن كفاره لتتميز وانما النيه في كفارات صومها مطلقا قيل الصيام
لا تجزيه قبله والعبره كتاب الصوم الواجب وان كان عتقا او اطعاما لم تجزه النيه قبل
ان يعين له العبد الذي يعتقه والطعام الذي يطعمه فاما بعد تعيين العبد والطعام
فهل يجزيه ام لا على وجهين احدهما يجزيه مع لفظ العتق ومع تفرقة الطعام وان
نوى قبلهما لم يجزه والوجه الثاني يجوز ان ينوي بعد التعيين وقبل العتق والاطعام
واصل هذين الوجهين اختلاف اصحابنا في محل النيه في الزكاه واحد الوجهين ان محل
النيه عند عزلها والثاني عند دفعها **فصل** واذا ثبت هذه المقدمه
فصورة مسئلتنا في رجل عليه كفاره واحده وهو شاك في سبب وجوبها هل وجبت
في قتل او ظهار فان اعتق ونوى به الكفاره الواجبه عليه اجزاه مع الشك في

الموجب لان التعيين لا يجب وان نوى العتق الواجب عليه ولم ينو انه في الكفارة
اجزأه لانه ينوبه التكفير مستحقه وان كانت عليه عتق السبب غير مستحقه فان كان عين
العتق ونوى انه عن كفارة الظهار مع شك فيه لم يكن على يقين من ادائها لجواز ان
تكون الكفارة عن قتل والاعلى يقين من نفاها لجواز ان تكون عن ظهار فان كان له بعد ذلك ان يعتقها
عن ظهار اجزأه لانه قد تعين بالنية ما وجب عليه وان كان اعتق عن قتل لم يجزه لانه قد
بالنية ما لم يجب عليه فصار الواجب باقيا عليه فان قيل فهلا اذا لم يكن يشك في حدثه هل
هو من بول او نوم فتوضى ينوي حدث البول ثم بان انه عن نوم اجزأه قبل الفرق بينهما
ان رفع الحدث الواحد رافع لجميع الاحداث وليست الكفارة الواحدة رافعة لجميع الكفارات
ولو علم ان عليه عتق رقبة وشك فيها هل وجبت عن قتل او ظهار او نذر فاعتق رقبة ينوي بها
العتق الواجب عليه اجزأه لانه قد نوى به التكفير المستحق من العتق ولو نوى بها
العتق عن التكفير نظرت فان كان عتق النذر كان مستحقا بالنذر الخارج مخرج
الايمان اجزأه هنا العتق لان العتق في هذا النذر كفارة ايضا وان كان نذر تبرر
او نذر المجازاة لم يجزه لانه يكون العتق فيه تكفيرا ولو قيل انه على يقين من ادائها والتزامها
في النذر وحده وان اعتق رقبة ثانية ينوي بها عتق النذر وحده اجزأه وسقطت
الكفارة بما قدمنا من ان عتق الكفارة قد سقط العتق الاول وان لم يتعين في عتق النذر
فقد سقط بالثاني المتعين **مسألة** قال الشافعي ولو ارتد فيكفر فاعتق عبدا
عن ظهاره فان رجع اجزأه لانه معنى دين اداه او فصام اجزأه منه او عتق عنه على
بدنه فلم يجزه له ولو صام في ردته لم يجزه لان الصوم عمل على البدن وعمل البدن
لا يجزي الا من يكتب له وتقدم هذه المسألة انه ملك المرتد ملتقى على احد الاقوال
ثلاثة فان قلنا ملكه ماكان محتجا ونفذ منه جائز والقول الثاني ان ملكه زائل غير ماله ونصرفه
فيه مردود والقول الثالث انه ملك موقوف مراعى فلا يتصرف فان قلنا بالرده عدمه زوال الملك
ونشاد تصرف فقد سقط بالردة وان عاد الى الاسلام علم انه ملكه كان ثابتا وتصرفه
فيه جائزا لو وجب هذه الاقاويل بموضع من حال الرده فاذا اشترى وصفا

منها وكان فعل المرتد كفارة من قتل او ظهار وجب عليه قبل ردته فان قيل بان ملكه ثابت وتصرفه
فيه جائز او قيل انها على الوقف والمراعاة جاز له اخراج الكفارة من ماله وان قيل ان ملكه
زائل وتصرفه مردود ففي جواز تكفيره من ماله وجهان احدهما لا يجوز ان يكفر من ماله كما لا يجب عليه زكاته
والوجه الثاني وهو اصح يجوز ان يكفر من ماله وان لم يجب عليه زكاته لاستحقاق الكفارة
في ماله قبل ردته كالديون والفرق بين الكفارة والزكاة ان الزكاة لا تجب عليه بعد ردته والكفارة
قد تجب عليه بعد ردته **فصل** واذا ثبت ما ذكرنا من جواز التكفير بعد الردة فقد
لا يخلو حاله من ثلاثة اقسام احدها ان يكون يكفر بالعتق فيجزيه ان يعتق رقبة مؤمنة
كان يملكها قبل الردة او يقول لمسلم اعتق عن كفارتي عبدك هذا فيعتقه عنه او يشتري عبدا مسلما
فان قلنا ان احدهما يصح الشرى ويعتقه والثاني يكون باطلا وعتقه مردود الا
وانما يصح منه العتق وان كان قربة تفتقر الى نية لانها من حقوق الاموال التي يصح من الكافر
واشبهت قضاء الديون والقسم الثاني ان يكون ممن يكفر بالصيام فلا يجزيه الصوم في الردة لانه
من عبادات الابدان المحضة التي لا تصح الا من مسلم والقسم الثالث ان يكون ممن يكفر بالاطعام ففي جوازه
منه وجهان احدهما يجزيه الاطعام لانه من حقوق الاموال كالعتق والوجه الثاني لا يجوز
ان يكفر بالاطعام لانه بدل من الصيام الذي لا يصح منه والله اعلم

باب ما يجزي من العيوب في الرقاب

قال الشافعي رحمه الله ومن لقيت من اهل العلم ومن ذكر لي عنه ولا اعلم بينهم خلافا في ان من ذوات
النقص من الرقاب ما لا يجزي ومنها ما يجزي فدل ذلك على ان المراد بعضها
دون بعض فلم اجد في معنى ما ذهبوا اليه الا ما اقول وجماعه ان الاغلب
فيما يتخذ له الرقيق العمل ولا يكون العمل تاما حتى يكون يدا الملوك باطشتين ورجلاه
ماشيتين وله بصر وان كان له عين واحدة واصل هذا ان الله تعالى اطلق
تحرير الرقبة في كتابه بقوله فتحرير رقبة فاطلقها ولم يصفها فاجمع من تقدم ان ليس يجزي
وعامتهم على ان عموم الاطلاق غير مستعمل وان من الرقاب ما لا يجزي ومنها ما يجزي
وكان العموم مخصوصا وخالف داود من بعد فجعل العموم مستعملا في جميع الرقاب
تجزي من معيب وسليم وناقص وكامل استعمالا للعموم واحتجاجا لما روي من الصحيح
والانس على ان احدا لا يمنع النقص والكمال وهذا خطأ من نوع الاجماع من تقدمه ولما
روي ان رجلا اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم برقبة سوداء فقال يا رسول الله علي عتق رقبة افاعتق هذه

فقال رسول الله صلى الله عليه أين الله فأشارت إلى السما فقال لها من أنا فأشارت إليه وإلى السما
تعني رسول الله فقال أعتقها فإنها مؤمنة فدل سؤال السائل عنها وامتحان النبي صلى الله عليه وسلم لها
على أن هذا العموم مخصوص وأن من الرقاب ما يجزي ومنها ما لا يجزي فبطل به قول داود أن
كل الرقاب تجزي وأن الله تعالى أطلق في الكفارة ذكر العتق والإطعام ثم كان عموم الإطعام
مخصوصا في أن المجزي منه الأقوات المقتدر والمجزي ما انطلق عليه الاسم من الطعام ثم ذكره
كذلك العتق يجب أن يكون مخصوص العموم بما تقتضيه مقصود التحرير **فصل** وإذا
تقرر ما وصفنا فمقصود العتق في الكفارة هو تكميل الأحكام وتمليك المنفعة وأما تكميل
الأحكام فهو أن يصير المعتق جائز الشهادة ثابت الولاية ماضي التصرف وأما تمليك المنفعة
فهو أن يصير المعتق مالكا للمنافع بنفسه فإن كان العتق في غير الكفارة جاز أن يكون ناقص المنافع
لأنه تطوع وإن كان في كفارة وجب أن يكون كامل المنافع لأمرين أحدهما أنهم أجمعوا على
أن من ذوات العيوب ما يجزي كالبرصاء والعمشاء والشيخ والمقطوعة الخنصر أو البنصر وأن
من ذوات العيوب ما لا يجزي كالعمياء والمقعد والمقطوعة اليدين والرجلين فدلنا ذلك من
إجماعهم على أنهم راعوا ما أثر في العمل ولم يراعوا ما أثر في الأثمان والثاني أن المقصود من العتق
هو العمل لأنهم مرصدون لخدمة أو تكسب والمنفعة في مقصود الشيء هو المؤثر فيه
كالبيع لما كان مقصوده الربح كان ما أثر في نقصانه عيبا يوجب الخيار وما لم يؤثر
فيه لم يكن عيبا ولا يستحق به الخيار وكالنكاح لما كان مقصوده
الاستمتاع كان ما أثر فيه من العيوب يوجب الخيار وما لم يؤثر فيه لم يوجبه كذلك العتق
في الكفارة لما كان مقصوده تمليك العمل كان ما أثر من العيوب مانعا من الأجزاء وما لم
يؤثر فيه أجزأ فثبت بهذين أن كل عيب أضر بالعمل إضرارا بينا منع من الأجزاء في الكفارة
وما لم يؤثر فيه لم يمنع من الأجزاء فيها **فصل** فإذا استقر ما أصلناه من هذه القاعدة
فمن العيوب التي لا تجزي فيما تعلق بالعين العمى لأنه من أبلغ النقص في الإضرار بالعمل
ولا تجزي العمياء فأما الحولاء والعمشاء والعوراء فتجزي لأن ذلك غير مضر بالعمل فأما ضعف
البصر فإن كان يمنع من معرفة الخط وإثبات الوجوه القريبة منع
من الأجزاء وإن كان لا يمنع من ذلك أجزأه **فصل** وأما قطع الأطراف فإن كان مقطوع
اليدين أو مقطوع الرجلين فلا خلاف أنه لا يجزي وإذا كان أحد يديه مقطوعة

أو إحدى رجليه لم يجزه عندنا وقال أبو حنيفة يجزيه وهكذا القول فيمن قطعت إحدى
يديه وإحدى رجليه من خلاف أجزأ وإن كانا من شق واحد لم يجزه إلا أن ذهاب
أحد العضوين لم يسقط منفعة الجنس فأجزأ كالصمم وهذا خطأ لأن قطع إحدى اليدين
مضر بالعمل إضرارا بينا فوجب أن يمنع من الأجزاء كقطعهما معا ولأن أبا حنيفة موافق على أن
قطع الإبهامين يمنع من الأجزاء فقطع إحدى اليدين والرجلين وفيهما زيادة على الإبهامين أولى أن يمنع
من الأجزاء فأما العور فأجزأ لأنه غير مضر بالعمل ولا مؤثر فيه واستدلاله بأنه تبقى منفعة الجنس
فيفسد عليه بقطع إحدى اليدين والرجلين من شق واحد **فصل** وأما قطع الأصابع فإن كان
القطع في إحدى اليدين لإحدى الإبهام أو السبابة أو الوسطى فقطع أحد هذه الثلث مانع من الأجزاء
لأن لكل واحدة منهن تأثيرا في العمل وإن كان القطع في إحدى إصبعين وهي الخنصر أو البنصر
فقطع أحدهما لا يمنع من الأجزاء لأنه لا يضر بالعمل إضرارا بينا فإن قطعهما معا نظر
فإن قطعتا من يد واحدة لم يجزه وإن كانتا من يدين أجزأ وأما أصابع الرجلين فقطع الإبهام
منهما مانع من الأجزاء لأن معتمد الرجل في المشي كما أن معتمدها من اليد في البطش وأما
غير الإبهام من أصابع الرجل إذا قطع أحدها من سبابة أو وسطى أو بنصر أو خنصر لم يمنع
من الأجزاء لأن اليد إن نفعها في الرجل متقاربة وفي اليد متفاضلة فلو جمع بين قطع
إصبعين من رجل واحدة منع الأجزاء لأن الجمع بينهما مضر بالمشي وشلل الأصابع يقوم
مقام قطعها وكذلك شلل اليد والرجل **فصل** وأما قطع الأنامل فإن قطعت
أنملتان من إصبع كان قطعهما كقطع تلك الإصبع فإن قطعتا من إحدى الأصابع الثلث
الإبهام أو السبابة أو الوسطى لم يجزه وإن قطعتا من إحدى إصبعين الخنصر أو البنصر أجزأ
وإن قطع أنملة واحدة من إصبع نظر فإن كانت من الإبهام لم يجزه لأنها ذات أنملتين يذهب
بقطع إحداهما أكثر منافعها وإن كانت من إحدى الأصابع الأربع دون الإبهام أجزأه لأن الأنامل الثلث الأخر
قد بقي أكثرها فبقي أكثر منافعها **فصل** فأما الجب والخصاء فلا يمنعان من الأجزاء
لأنهما لا يضران بالعمل وكذلك جدع الأنف وقطع الأذن وأما شجاج الرأس وجراح البدن
فإن اندملت مع سلامة العضو لم يمنع من الأجزاء وإن شانت لأنها غير مضرة بالعمل

وان لم يشتد مع اجزا منهما ما دون ما يوصف بالراس وجانبه البدن لان ما عبر يحوله وعم احد
منهما ما يوصف الراس وجانبه البدن لانهما فقد الاذنان يجوز فيهما **مسله** قال
الشافعي ويكون يعقل وهذا صحيح لان بالعقل يصح الاعمال وتستقيم الاحوال فان
كان مجنونا اطبق عليه الجنون لم يجزه لفوات عمله وان كان يجن زمانا ويفيق زمانا
نظر فان كان زمان جنونه اكثر من زمان افاقته لم يجزه وان كان زمان افاقته اكثر
من زمان جنونه نظر فان تخلل زمان افاقته سدر وضعف لا يقدر على العمل
الا بعد حين لم يجزه وان زال عنه السدر بالافاقة وقدر على التصرف في العمل اجزاه
فاما الابله فان كان بله بلادة وذهن لم يجزه لتاثيره في العمل وان كان بله سلامة
وقلة فطنة اجزا واما المغما عليه فيجزي لان الاغما مرض يتجاوزه واما الاحمق
فيجزي وهو الذي يضع كلامه في غير موضعه ياتي بالحسن في موضع القبح وبالقبيح في موضع الحسن
وهذا غير مضر بالعمل فاجزا **مسله** قال الشافعي وان كان ابكم او اصم يعقل او احمق او ضعيف
البطش اجزا وقال في القديم ان الاخرس لا يجزي قال المزني اولى بقوله ان يجوز الافضل
اما الاصم فيجزي لان الصمم لا يوثر في العمل واما الاخرس فقد قال الشافعي في الجديد يجزي
وقال في القديم لا يجزي وكان المزني عنده انه على اختلاف قولين وذهب سائر اصحابنا الى
انه على اختلاف حالين واختلفوا فيه على وجهين احدهما ان قوله في القديم لا يجزي اذا
كان ابكم قد جمع بين الخرس والصمم لانهما نقصان يصير اجتماعهما بالعمل مضرا وقوله في
الجديد انه يجزي اذا انفرد بالخرس دون الصمم والثاني ان اختلاف حاليه ان قوله في
القديم لا يجزي محمول على انه لا يفهم الاشارة مع خرسه وقوله في الجديد يجزي محمول على
انه يفهم الاشارة مع خرسه واما الضعيف البطش فضربان لنه ودقة عظمه فان كان ضعف
بطشه قد فوت اكثر عمله لم يجزه وان كان يفوت فيه اقله اجزاه فاما المريض فان
كان مرجو المرض اجزا وان مات لانه قد لا يخلو جسم من مرض وان كان
مخوفا لم يجزه وان عاش واما الشيخ فان افضى الى الهرم وذهاب البطش
لم يجزه وان كان يظهر الحركة ظاهر البطش اجزا واما الطفل الصغير فيجزي
وان كان ابن يومه لانه متوجه الى الزيادة في الحال فاشبه المرض المرجو

وقد ذكرنا العرف فيه وبين الغرة في الجنين واما الاعرج فان كان مقعدا لا يمشي به
مؤثرا في حركته لم يجزه وان كان بخلافه اجزاه ويجزي الاعسم والاخشم وعتق
عبد ذي الصنعة وعتق الفاسق وولد الزنا وقال الزهري والاوزاعي لا يجزي عتق
ولد الزنا لقول النبي صلى الله عليه وسلم ولد الزنا شر الثلثة وهذا مذهب فاسد
لان المقصود في عتق الكفارة سلامة الدين والعمل وليس ولادته من الزنا موثرا في احدهما
فلم يمنع الاجزا واما الخبر ففيه اربع تاويلات احدها انه شر الثلثة ذكرا لانه
ولد زنا اذا سيل عن ابيه والثاني شر الثلثة نسبا لانه لا ينسب الى اب والثالث شر
الثلثة ان كان زانيا لانه قد جمع بين الزنا وفساد النسب والرابع انه ذكر ذلك على طريق
التعريض لانه كان واحدا من لبنه وقد عرف انه بالشر فقال ولد الزنا هو اشرهم
كما يقال المشتمل بثوبه هو افتى الجماعة لطاعة لا لاشتماله بالثوب ولكن
نبه عليه باشتمال الثوب والله اعلم

تم المجلد التاسع وبالله العون والتوفيق والعصمة
واتفق الفراغ من كتابته في السادس والعشرين من شهر
ربيع الاول من سنة ست وتسعين وتسعمايه
وكاتبه علي ... محمد نفعه الله بالعلم

يتلوه في الذي يليه باب من له الكفارة بالصيام